Jur. is 213e (2

<366043390300019

Bayer. Staatsbibliothek

Rechtslexikon.

Zweiter Band.

Bericht — Confiscation.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Advocat **Bopp** in Darmstadt; Regierungsrath **Buddeus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius ꝛc. Dr. **Günther** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Prof. Dr. **Maurenbrecher** in Bonn; Reichs- und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath ꝛc. **Mittermaier** in Heidelberg; Hofrath Dr. **Puchta** in Leipzig; Prof. Dr. **Reyscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Canzler ꝛc. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Halle; Prof. Dr. **Witte** in Halle; O.-J.-Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. w. Staatsgerichtshofes ꝛc. in Tübingen und Anderen

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Zweiter Band.

Bericht — Confiscation.

Leipzig, 1840.

Verlag von Otto Wigand.

188 D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bericht (franz. rapport) [1]), wenn gleich in der veralteten Sprache und seinem Ursprunge nach jede belehrende Antwort, Berichtigung auf eine gethane Anfrage [2]), dann in weiterer Bedeutung jedes Nachrichtgeben und die Darstellung über irgend ein Verhältniß [3]), doch in der Geschäftssprache nur der Vortrag einer untergeordneten Behörde an eine obere über in den Geschäftskreis der Ersteren einschlagende Gegenstände [4]). Viel zu eingeschränkt ist die Definition [5]), daß der Be-

---

1) Die Literatur über den gesammten Gegenstand des Berichtes war sonst sehr reichhaltig, neuerlich ist sie sehr arm. Wir verweisen auf Claproth, ord. Proc. §. 120. Pfeiffer's Lehrbegriff sämmtlicher ökonomischer und Cameralwissensch. II. Bd. 1. Th. Mannheim 1770. S. 71 flg. Justi, Anweisung zur guten teutschen Schreibart, 2. Th. 3. H. 5. Abschn. Moser, Einleitung zu Canzleigeschäften, S. 146. Nettelbladt, Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit, Halle 1775. 3. Ausg. 1784. §. 22 und 569 flg. Pütter, Anleitung zur juristischen Praxis, 1—6. Ausg. Göttingen 1753 bis 1802. 1. Th. §. 80, 125 flg. 138, 141 u. 369. Schott, Vorbereitung zur juristischen Praxis, besonders in Rücksicht auf die Schreibart in rechtlichen Geschäften, Erlangen 1784. (von Trützschler) Anweisung zur Abfassung der Berichte über rechtliche Gegenstände, Leipzig, 1. Aufl. 1785. 2. Aufl. 1788. 3. Aufl. 1817. v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrsamkeit, 1. Bd. Hannover 1798. S. 79: Von Berichtserstattung der Untergerichte ꝛc. Bensen, Versuch einer systematischen Entwickelung der Lehre von den Staatsgeschäften, Erlangen 1802. Gensler, Grundsätze der juristischen Vortrags- und formellen Entscheidungskunde, Jena 1815. §. 7. Fredersdorf, Anweisung für Justizbeamte, S. 237 flg. Marbach, Entwickelung des inneren Wesens öffentlicher Geschäftsvortr. 1813. S. 170 flg. Freiesleben, Versuch einer Darstellung über Berichtserstattungen im Königreiche Sachsen, Leipzig 1824.

2) Adelung, Wörterbuch der hochteutschen Mundart unter dem Worte Bericht.

3) von Rotteck und Welcker, Staatslexikon unter demselben Worte, S. 402.

4) Dieselben a. a. O. und Repertorium des positiven Rechtes der Teutschen, Leipzig 1799. 3. Th. u. dems. W. S. 258. Gensler's Commentar über Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt, Heidelberg 1825. 1. Bd. §. 111. flg. S. 195. Desselben Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 4. Note 3.

5) Merneu, Anleitung zu practischen Arbeiten, Jena 1792. 4. Hptst. §. 2. S. 126.

richt eine abgekürzte Darstellung einer untergeordneten Behörde an eine obere über vorgefallene Handlungen oder Verhandlungen sei; denn dieß schließt die nicht auf umständliche Acten gegründeten Berichte aus, deren es doch viele gibt. Zum Theil abweichend ist der Gebrauch des Wortes Bericht in dem früheren Gerichtsprozesse (davon w. u.). Die Veranlassung zur Berichtserstattung ist sehr vielfach, und in der Regel muß man sich in dieser Beziehung an die Particulargesetzgebung halten [6]). So ist es in einigen Landen Vorschrift [7]), daß die Justizbehörden über alle die Sachen ex officio Bericht erstatten müssen, deren Kenntniß der Landesherrschaft oder den höheren Collegien interessant ist. Eben so z. B. vor allen Haupthandlungen im Criminalprozesse [8]), vor Erkennung des Concursprozesses [9]) u. s. w.; endlich aber und vorzüglich sind beinahe in allen Landen über Entstehung, Fortgang und Beschaffenheit der Prozesse, besonders der Concursprozesse, dann der Vormundschaftsführungen, sogenannte Prozeß- und Vormundschaftstabellen — sehr viele Administrativ-, besonders Polizei- und Steuerangelegenheiten ungerechnet — zu gewissen Zeiten mittelst Berichtes einzusenden. Gemeinrechtlich indeß sind vorzüglich zu bemerken die Berichte über gesuchte Moratorien und Großjährigkeitserklärung [10]), dann über Beschwerden gegen die Verfahrungsweise des Richters (Verantwortungsbericht [11])) und über dem Richter von einer höheren Behörde ertheilte Aufträge, Commissionen (Commissionsbericht) [12]). Was diesen Letzteren anlangt, so ist zu bemerken, daß, wenn auch die Commissarien ihre Geschäfte außer ihrem Wohnorte zu verrichten haben, sie doch die Berichte, wie oft gesetzlich ausgesprochen ist [13]), in ihren Privatwohnungen fertigen, indem das Gegentheil, wie es häufiger in Bayern vorkommt, nur zu unnöthiger Mehrung der Commissionsgebühren führt. Oft geschieht auch die Berichtserstattung in Folge des Mandates eines Oberrichters an einen Unterrichter mit der justificatorischen Clausel (mandatum cum clausula i. e. c. cl. iustificatoria), d. h. eines, auf Instanz einer Partei bei dem Oberrichter gegen den Unterrichter ausgebrachten Befehles, welchem die Beschränkung beigefügt ist, daß, wenn

---

6) Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses, 4. Bd. Nr. LXXII. (nicht LXXXII.) §. 2. S. 50.

7) z. B. altenburg. Prozeßordn. P. IV. Cap. VI. §. 1. S. 402. Vgl. auch Gönner a. a. O.

8) Altenburg. Prozeßordn. a. a. O. §. 3. S. 403.

9) Altenb. Edict in Bezug auf einige Verhältnisse des Staatsdienstes vom 18. April 1831. §. 33. lit. c.

10) Gönner a. a. O.

11) Mehrere Gesetze, z. B. die neue k. sächs. Prozeßordn. Tit. II. §. 8, drohen denjenigen Personen Strafen, welche durch ungegründete Beschwerden zur Erfoderung solcher Berichte Veranlassung geben.

12) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, §. 113. Just Henning Böhmer, Einleitung zum geschickten Gebrauch der Acten (dessen doctrina de actionibus, Halae 1728. p. 737. beigedruckt) Cap. IV. §. 2 u. 3. S. 840.

13) Neue k. sächs. Prozeßordn. ad tit. II. §. 4.

der Unterrichter Bedenken tragen sollte, den Befehl zu executiren, er die Gründe seiner Weigerung vorher berichten solle[14]). Am schwierigsten ist indeß der Bericht in solchen Fällen, wo der Unterrichter über sein einzuschlagendes Verfahren ungewiß ist und sich darüber durch den Bericht von der oberen Behörde Verhaltungsbefehle einholen will[15]). Denn er verfällt dadurch leicht in den Fehler, sogar läßt sich der Oberrichter häufiger in den Fehler mit hineinziehen, die Parteien um die Rechte der ersten Instanz zu bringen, und es wird dem Unterrichter das leere Rescript oft zugezogen, daß der Oberrichter Bedenken trage, in die Rechte der ersten Instanz einzugreifen, und daher erwarte, daß der Unterrichter selbst verfügen werde, was Rechtens ist. Nur ein solcher, nicht jeder Bericht, wie man zuweilen irrig wähnt, hieß im römischen Recht eigentlich relatio[16]), wurde gewöhnlich an den Landesherrn selbst erstattet (relatio ad principem) und war früherhin sehr häufig im Gebrauche. In der Folge aber ergaben sich wohl die oben erwähnten, auch neuerlich hervorgetretenen Mißbräuche. Diese Berichte wurden daher verboten und die Richter angewiesen, ohne Berücksichtigung höherer Befehle, falls Erstere nicht über das Gesetz selbst zweifelhaft wären, genug untersuchte Angelegenheiten durch Erkenntniß zu beendigen, auch dieses, wenn nicht dagegen appellirt werde, zu executiren[17]). Es blieb indeß noch immer Vorschrift des römischen Rechtes, daß die Behörden über zweifelhafte Gesetze authentische Interpretation bei dem Kaiser einzuholen hätten[18]), welches jedoch, so weit die Rede vom gemeinen Criminalrechte ist, für Teutschland Kaiser Karl V. in seiner peinlichen Gerichtsordnung änderte und die Untergerichte in zweifelhaften Fällen da, wo es üblich, an ihre Oberbehörden, außerdem an auswärtige Rechtsgelehrte zur Einholung rechtlicher Belehrung verwieß[19]). Die Ungewißheit, welche durch diese ziemlich widersprechenden Legislationen entstand, verursachte häufig sehr mißbräuchliche Berichtserstattungen über diese Gegenstände[20]). Sie haben jedoch in der neuesten Zeit mit der schärferen Ausbildung des Rechtes, mit der strengeren Beachtung des Instanzenzuges und mit der unabhängigeren Stellung der Gerichte sehr abgenommen. Vorzüglich ist neuerlich dieser Beförderung der Cabinetsjustiz dadurch entgegengearbeitet worden, daß in

---

14) In Gemäßheit der Kammergerichtsordnung 2. Th. Tit. 25. §. 3. und des Reichs-Vis.-Abschiedes v. J. 1713. §. 10. Schmidt, Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1791. §. 225 u. 232 flg.

15) Pfotenhauer, doctrina processus, ed. Diedemanni, Lipsiae 1826. §. 123.

16) C. 14. C. de accusat. (9. 2.) Calvini lexicon iuridicum, Genevae 1653. s. v. relatio.

17) L. 79. §. 1. D. de iudiciis. (5. 1.) Auth. novo iure C. de relationibus. (7. 61.) Nov. 82. c. 13. Nov. 113. c. 1. Nov. 125. p. tot. Besoldus de appellationibus, Tubingae 1608. cap. I. §. IV.

18) C. 9. u. 12. §. 1. C. de legibus. (1. 14.) L. 79. §. 1. alleg.

19) In sehr vielen Artikeln bei einzelnen Fällen, im Allgemeinen aber im Art. 219. Vergl. Leyser, med. ad. π. Vol. VII. spec. 466. coroll.

20) Leyser l. c. med. 5. Böhmer a. a. O. §. 2. S. 840.

mehreren Verfassungsurkunden die Ertheilung authentischer Interpretationen vom Landesherrn ohne Zustimmung der Stände untersagt ist[21]).

Doch die Hauptveranlassung zu Berichtserstattungen geben die Appellationen gegen die Resolutionen und Bescheide, im Allgemeinen gegen die Entscheidungen der Unterrichter oder Mittelinstanzen. Nach der römischen Einrichtung mußte nämlich der Richter, wenn appellirt und die Appellation angenommen war, dem Appellanten apostoli nebst Abschrift der verhandelten Acten einhändigen[22]). Nahm aber der Richter die Appellation nicht an, so konnte der Appellant doch Beschwerde bei dem Oberrichter führen, über welche der Unterrichter sodann einen Vertheidigungsbericht erstatten mußte[23]). Sollte nun gleich nach canonischem Rechte der Unterrichter auch dann, wenn er die Berufung nicht annahm, Apostel ausstellen, so ergibt sich doch aus einigen Stellen des gedachten Rechtes[24]), daß demungeachtet der Richter die Apostel verweigern konnte[25]), wodurch es sonach immer wieder zur Berichtserstattung kam. Hiernächst trat da, wo nicht, wie in dem ehemaligen Reichsgerichtsprozesse[26]), Abschriften der Acten dem Appellanten gegeben, sondern die Acten vom Richter auf die literae compulsoriales[27]) im Original an den Oberrichter eingesendet werden mußten[28]), jeden Falles auch nach Ertheilung der Apostel eine Berichtserstattung ein. Ueberdieß konnte der Richter die eigentlich in bloßen Zeugnissen[29]) über die eingelegte Appellation (daher auch documentum interpositae appellationis genannt) häufig zugleich über die Requisition der Acten (daher auch oft documentum requisitionis actorum genannt) bestehenden Apostel in Brief- oder Berichtsform ausfertigen, weßhalb sie auch literae dimissoriales v. dimissorii, libelli dimissorii[30]) heißen. Endlich traten sogar schon in früheren Zeiten das Nachsuchen um die Abgabe der Acten und diese Abgabe selbst an die Stelle der Apostel[31]). War nun überdieß die Form eines Zeugnisses für die Aeußerungen des Richters über den Werth der Appellation, je nachdem die apostoli re-

---

21) Z. B. in der königl. sächsischen §. 86.

22) Linde, Beiträge zu der Lehre von den Verfügungen des Appellationsrichters ꝛc. in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 10. Bd. 3. Heft, Gießen 1837. Nr. IX. 313.

23) Desselben Beiträge zur Lehre von der Appellation, im Archive für civilistische Praxis, 19. Bd. 1. Heft, Heidelberg 1836. S. 22 u. 23.

24) Z. B. C. 6. in fine iuncto cap. 4. de appellationibus in VIto. (2.15.)

25) Linde am zuletzt angeführten Orte S. 23.

26) Knorr's, Anleitung zum gerichtlichen Prozesse, Halle 1777. 26. Hauptst. §. 9 u. 10.

27) S. d. Art. Appellation, Bd. 1. S. 400.

28) Knorr a. a. O. §. 11. S. 342.

29) S. d. Art. Appellation, Bd. 1. S. 392.

30) Ebendas. und Hellfeld iurisprud. for. §. 2124. Knorr a. a. O. §. 8. S. 338.

31) Besold. l. c. cap. VIII. p. 270. Lauterbach, collegium theoret. pract. lib. XLIX. tit. VI. §. 4.

futatorii, reverentiales, dimissoriales [32]) oder restitutorii [33]) waren, nicht gut geeignet[34]), und sind mit der Auflösung des teutschen Reichsverbandes die Einlegung der Appellation vor einem Notar und damit die apostoli testimoniales ganz ungewöhnlich geworden, so kam es nach und nach dahin, daß in den meisten Landen, z. B. Preußen, Bayern, Sachsen [35]) ꝛc. Berichte an die Stelle der Apostel traten, so daß man großentheils unter dem Worte apostoli nichts anders, als den vom Richter erstatteten Bericht versteht [36]). Sobald von einer förmlichen Appellation gegen ein Erkenntniß die Rede ist, wird ein Termin zur Ablösung des Berichtes (ad redemtionem apostolorum) anberaumt, und die Unterlassung gehöriger Bezahlung der zuliquidirten Gebühren zieht die Strafe der Desertion der Appellation nach sich [37]). Zuweilen sind ein für alle Mal gewisse Fristen bestimmt, binnen deren die Berichte bei Strafe des Verlustes der Appellation, ohne weitere vorherige Auflage, abgelöst werden müssen [38]). Da indeß die Kostenbezahlung Sache des Richters ist, so steht es ihm auch frei, die Berichtserstattung, ohne vorherige Anberaumung eines Termines zur Ablösung des Berichtes, zu bewirken [39]). Der Richter ist nicht befugt, in die Liquidation der Ablösungsgebühren noch rückständige andere Kosten mit aufzunehmen und deren Zahlung unter dem gedachten Präjudiz zu fodern, vielmehr muß er sich damit begnügen, wenn ihm die Kosten, welche die

---

32) S. d. Art. Appellation, Bd. 1. S. 393, und Linde a. a. O. S. 23.

33) Dieses sind solche, mittelst deren der beschwerende Richter das gravamen wiederruft (Linde im Archiv a. a. O. S. 24); die auch von Linde a. a. O. erwähnten apostoli conventionales, d. s. die, wenn die Appellation mit Einwilligung beider Theile ergriffen wird, haben hier keinen besonderen Einfluß. —

34) Deltze's Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Jena 1800. §. 309. Nr. 3. S. 485.

35) Knorr a. a. O. S. 339. Deltze a. a. O. Nr. 4. Kori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozesses, Jena 1822. §. 155. Gönner a. a. O. §. 2. Neue kursächsische Prozeßordnung ad tit. XXXV. §. 7. p. 188. Anhang dazu vom processu summario etc. §. 12. p. 308. Generale wegen Erstattung derer Berichte vom 9. Juni 1716. Nr. IV. der Beilagen zu gedachter Prozeßordnung S. 62 flg. Dippoldiswaldisches Mandat Nr. IX. erwähnter Beilagen unter Ziffer 7. S. 88.

36) Z. B. k. sächs. Appellationspatent vom 12. August 1670. §. 1. (Beilage zur neuen Prozeßordn. Nr. XIX. S. 151.) Pfotenhauer l. c. §. 123.

37) Hellfeld l. c. §. 2125. Gribner, principia processus iudiciarii lib. I. cap. VI. sect. II. §. VI. Man vergl. vom Königreiche Sachsen die resolutio gravaminum von 1661 gravamen XXIX. Neue Prozeßordn. ad tit. XXXV. §. 8, worin übrigens verordnet ist, daß, bei nicht erfolgter Ablösung, der Richter doch den Bericht erstatten und erst der Oberrichter auf die Desertion der Appellation erkennen soll. Die übrigen königlich und herzoglich sächsischen auch die anhaltischen und reuß-plauischen dießfallsigen Verordnungen, sowie die Benennungen derjenigen Lande sächsischen Rechtes, worin dieß fatale nicht gesetzlich besteht, finden sich bei Kori a. a. O. §. 164. Man s. auch den nachstehend in Note 55 angezogenen Pilger.

38) Z. B. acht Tage bei dem Handelsgericht in Leipzig.

39) Kind. quaestiones forenses Tom. III. cap. LXXXII. p. 355.

Berichtserstattung verursacht, bezahlt werden [40]). Ueberdieß sind in den meisten Particulargesetzen für gewisse Arten von Appellationen, namentlich für die Extrajudicialappellationen, für die Appellationen gegen bloße richterliche Decrete, Citationen, Publicationen, Terminsanberaumungen, dann für alle Appellationen in den summarischen Sachen kurze Fristen von 8, 14 ꝛc. Tagen, von Zeit eingelegter Appellation an, bestimmt, binnen deren ohne vorgängigen Berichtsablösungstermin der Bericht erstattet werden muß [41]). Nach gemeinem Rechte muß bekanntlich der Appellant binnen 30 Tagen seit Eröffnung des beschwerenden Erkenntnisses um Ertheilung der Apostel nachsuchen. Dieses Fatale ist jedoch rücksichtlich der auf Appellationen zu erstattenden Berichte in allen Landen sächsischen Rechtes, mit Ausschluß Coburgs, Meiningen, Hildburghausen, Weimar, Reuß-Greitz, aufgehoben [42]). Dagegen bestehen in den Particulargesetzen bestimmte Vorschriften [43]) darüber, binnen welcher Zeit auch im Falle förmlicher Berichtsablösung die Berichte zu erstatten sind. In den Fällen, wo nicht förmliche Berichtsablösung und damit zugleich, mindestens sofort hinterher, die Berichtserstattung erfolgt, muß dennoch den Parteien vom Tage des Berichtsabganges Notiz gegeben werden [44]); der Unterrichter ist aber nicht verbunden, den Inhalt seines Berichtes den Parteien mitzutheilen, welches sogar vom Obergerichte zeither nur in besonderen Fällen, namentlich dann geschah [45]), wenn gegen den Richter selbst Beschwerde geführt worden war [46]). Doch möchte diese bis jetzt ziemlich allgemeine Maxime der immermehr zum Grundsatze werdenden Vermeidung aller Verheimlichung in Parteisachen auch immer weniger entsprechen [47]). Die Excitirung verspäteter Berichtserstattung geschieht am besten unter Androhung von für den Nichtbefolgungsfall immer steigenden Geldstrafen [48]) und überhaupt nach den Grundsätzen und auf dem Wege der correctiven Disciplin (man vergl. den Art. Amtsverbrechen Bd. 1. S. 224).

Die Berichterstattung erfolgt entweder mündlich (z. B. vom Steiger, welcher dem Bergmeister anzeigt, wie es mit allem zum Berg-

---

40) Kori a. a. O. §. 164. Note 2. Kind l. c.

41) Kind l. c. cap. LXXXI. in fine et cap. LXXXII. Sächsische neue Prozeßordn. ad tit. XXXV. §. 7. Anhang vom processu summario etc. §. 12. Generale v. 9. Juni 1716. Altenburgische Gesetzsammlung von 1823. S. 29, 40, 95 flg.

42) Kori a. a. O. §. 163.

43) Ebendas. §. 60. Neue königl. sächsische Prozeßordn. ad tit. I. §. 8. S. 13.

44) Martin a. a. O. §. 113. Altenburg. Gesetzsamml. v. 1823. S. 40. Neue königl. sächs. Prozeßordn. ad tit. 1. §. 8. p. 13 u. 14.

45) Waldschmidt, diss. de relationibus iudicum et magistratuum partibus communicandis vel non communicandis, Marb. 1724.

46) Martin a. a. O. Gribner l. c. Pfotenhauer l. c. Altenburg. Prozeßordn. P. I. cap. XXXII. §. II. p. 171. 1. Beifugensammlung zur altenburg. Landesordn. S. 134. Nr. 4.

47) Gönner a. a. O. §. 5. S. 53.

48) Gönner a. a. O. §. 7. S. 58.

werke Gehörigen steht, Bericht bringt), oder schriftlich, wonach die Berichte entweder mündliche oder schriftliche, und sie erfolgt entweder zu bestimmten Zeiten alljährlich, oder auf zufällige Veranlassung, wonach die Berichte ordentliche oder außerordentliche sind. Unter den Ersteren sind die hauptsächlichste Art die Officialberichte, d. s. diejenigen, welche nicht auf Antrag einer Partei erstattet werden, sondern von Amtswegen (ex officio), gewöhnlich Behufs der von der Oberbehörde zu handhabenden disciplinarischen Oberaufsicht über Führung der Geschäfte im Allgemeinen (nicht Behufs der Prüfung materieller Sachverdienste), dann um zur Notiz der Oberbehörde alle die Gegenstände zu bringen, welche dieser in ihrem Geschäftskreise interessant sind. Gewöhnlich sind die Officialberichte nicht erfoderte, d. s. solche, deren Erstattung nicht einzeln in diesem Falle anbefohlen ist; erfoderte Berichte sind das Gegentheil. Ferner sind die Berichte theils gutachtliche, theils nicht gutachtliche, einfache, je nachdem der im Berichte enthaltenen Relation, wie in der Regel, ein Gutachten beigefügt ist, oder nicht. Man theilt auch die Berichte in Haupt- und Nebenberichte und pflegt diese in der Regel in Form eines Inseratberichtes zu fertigen, d. h. eines solchen Berichtes, der seinem Inhalte nach und wegen der Connexität mit dem Hauptberichte ein Theil desselben sein könnte, aber weil er eine besondere, von dem Beschlusse über den Hauptbericht verschiedene Verhandlung erfodert und daher gewöhnlich auch in abgesonderte Acten kommt, als besonderer Bericht erstattet wird. Daher gebraucht man auch die Worte Neben- und Inseratbericht in der Regel als gleichbedeutend. Dergleichen Berichte pflegen durch die Ueberschrift: Inseratbericht, als solche characterisirt zu werden und fangen gewöhnlich (sonst immer) mit dem Verbindungsworte: auch, und wenn mehrere Inserate zu einem Hauptberichte gegeben werden, zur Abwechselung mit den Worten: ferner, weiter, endlich 2c. an.

Der Bericht soll eine kurze, kalte, treue, ruhige, parteilose, von allen dazu nicht gehörigen Dingen freie Darstellung und scharfe Beurtheilung der Sache sein, soweit die Beurtheilung Gegenstand des Berichtes werden kann[49]). Uebrigens ist auch, sowie man sich dabei überall nach dem dießfallsigen Gerichtsbrauche richten muß, neuerlich die Form häufig in den Landesgesetzen[50]) vorgeschrieben, z. B. daß der Bericht ohne alle Titulaturen abgefaßt sein und am Rande des Einganges eine kürzliche Inhaltsangabe haben soll 2c. Wo solche Vorschriften fehlen, muß er die Erfodernisse einer Actenrelation haben, doch minder umständlich sein; indem er sich von der Deduction durch die ganz ruhige Sprache unterscheidet, nähert er sich ihr wieder insofern und entfernt sich von der umständlichen Actenrelation dadurch, daß er stets den Punct vor Augen hat, auf welchen es hauptsächlich ankommt, die darauf Be-

---

49) v. Rotteck u. Welcker a. a. O. u. S. 403.

50) z. B. altenburg. Gesetzsamml. von 1831. S. 23 u. 59, desgl. v. 1833. S. 111.

zug habenden Gegenstände ganz vorzüglich heraushebt und Nebenumstände möglichst zur Seite liegen läßt, wenn gleich der Bericht die mehrseitigen Ansichten der Sache darstellen muß. Wenn z. B. im Falle der Appellation gegen die erkannte Beweisfähigkeit eines Zeugen in der Productionsinstanz, die umständliche Actenrelation detaillirt die Klage, Einlassung, Einreden, das Beweisinterlocut, die etwanigen Rechtsmittel dagegen ꝛc. referiren muß, so genügt es im Berichte, dem alle erfoderlichen Acten beiliegen müssen, ganz allgemein der Sache zu gedenken, in welcher dem Producenten der Beweis zuerkannt ist, und so zur Production des Beweiszeugen und zur Herausfetzung der Gründe für und wider dessen Beweisfähigkeit überzugehen; es wäre denn, daß diese letztere durch im Prozesse vorgekommene Handlungen verdächtigt oder gerechtfertigt würde, welche dann an ihrer Stelle zu referiren wären. Die Untersuchung darüber, wie sich der Unterrichter in jedem einzelnen Falle bei der Berichtserstattung zu benehmen habe [51]), z. B. bei der Berichtserstattung auf förmliche Appellationen [52]) ꝛc. würde hier zu weit führen. Wir können nur auf die dießfallsige Literatur verweisen (m. s Anmerk. 1 dieses Art.). Statt des dem Berichte zu inserirenden Gutachtens wird ein solches öfter dem Berichte besonders beigelegt [53]). So geschieht es in den Landen, wo in der Regel über jede Angelegenheit eine schriftliche Relation gefertigt wird, welche, wie in Bayern, ad repositorium kommt, bei eingewendeter Appellation aber einem ganz kurzen Uebersendungsbericht statt Hauptbericht beigelegt wird. Daß der Bericht in einer dem subordinirten Verhältnisse der Unterbehörde gegen die Oberbehörde angemessenen Sprache abgefaßt sein muß, versteht sich von selbst [54]).

Die Verfassung der Reichsgerichte, namentlich die große Kluft, welche zwischen diesen selbst und den Parteien, den Fürsten und Obergerichten, befestigt war, die als Beklagte im Reichsprozesse da standen, machte es räthlich, vor Anfang eines Prozesses sich in den näheren Umständen und Verhältnissen der Parteien zu informiren, und so entstand bei den Reichsgerichten der Berichtsprozeß, der aber mit dem Wegfalle der teutschen Reichsverfassung auch erloschen ist [55]). Dagegen bildete sich nach dessen Beispiel in den übrigen teutschen Reichslanden gleichfalls ein präparatorischer Prozeß, Berichtsprozeß genannt, ge-

---

51) Mehrere solche Fälle erörtert Böhmer in dem angezog. Cap. IV: Von Abfassung eines Berichtes und Gutachtens aus den Acten und in den Formularen dazu Nr. 15 flg. S. 57 flg.; ferner Claproth, in den Grundsätzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, von Rescripten und Berichten u. s. w. Göttingen 1762. S. 93 flg.

52) Linde, im angez. Archive 19. Bd. 2. H. Nr. 10. S. 266 u. 267.

53) Böhmer a. a. O. S. 3. u. 843.

54) Martin a. a. O. §. 113.

55) Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, Stuttgart 1821. §. 91. Note a. S. 197, und der dort angezogene Pilger, diss. continens delineationem praxeos camerae imperialis novissimae circa literarum informatorial. redemtionem vulgo Berichtsauslösung, Marb. 1789.

gründet auf die Behauptung, daß vor Ausfertigung auf die Klage es jedem Richter frei stehe, besonders in Klagsachen der Gerichtsunterthanen gegen den Gerichtsherrn, oder den Unterrichter, in Armensachen ꝛc. von jedem seiner mit der Sache bekannten Gerichtsuntergebenen, namentlich von dem Unterrichter, Bericht zu verlangen. Man nannte den dießfallsigen Befehl ein Schreiben um Bericht, welches aber nicht mehr statthaben kann, sobald der wirkliche Prozeß erkannt ist, weil dann blos ad petita partium zu verfahren ist. Wird das Schreiben um Bericht an den Beklagten erlassen, so bringt es nur eine bedingte Verbindlichkeit zur Rechtfertigung im präparatorischen Verfahren hervor, da dem Beklagten auch freisteht, Alles zum Hauptprozesse zu versparen. Je nachdem durch den erstatteten Bericht, der also hier sehr uneigentlich so heißt, die Sache in's Klare gesetzt ist, werden die Prozesse abgeschlagen, erkannt oder zum Gegenberichte dem Gegentheile mitgetheilt und so bis zur definitiven Abschlagung oder Erkennung der Prozesse verfahren, — eine Procedur, die um so mehr zu bloßer Verzögerung der Justiz dient, da das Abschlagedecret niemals als rechtskräftiges Erkenntniß angesehen werden kann, weil es blos präparatorisch, extrajudiciell im kammergerichtlichen Sinne, ist[56]). Darum dürfte auch wohl in diesem Sinne ein Berichtsprozeß, besonders seit größerer Ausbildung der Verhandlungsmaxime, nirgends mehr vorkommen. Dagegen findet er sich noch in den wenigen Staaten, wo die höheren Justizbehörden zugleich Regierungsbehörden sind. Man läßt da in gewissen Administrativjustizsachen die zur Entscheidung nicht berechtigten Unterbehörden die Sache, unter Vernehmung beider Parteien, untersuchen und darüber gutachtlich berichten. Die Oberbehörde entscheidet, und zwar im Falle gegen das erste Rescript Einwendungen geschehen, durch wiederholte Rescripte, nach wiederholter Berichtserstattung. Diese Rescripte aber ordnen dabei in der Regel nur das Administrative definitiv, hindern aber nicht die Beschreitung des Rechtsweges hinsichtlich des Rechtspunctes, wohin sie vielmehr häufig ausdrücklich verweisen, rücksichtlich dessen sie, mindestens in der Regel, keine Rechtskraft erlangen. Gerade denselben Weg geht der Berichtsprozeß, welcher auf einfache Beschwerden gegen den Richter eingeschlagen wird (s. d. Art. Beschwerde). Buddeus.

Bernburg (Anhalt-), eines der drei anhaltischen Herzogthümer, besteht aus dem Unterherzogthum, dessen getrennte Lande theils an der Saale und Bude, wozu auch das Amt Mühlingen gehört, theils auf dem rechten Elbufer (Amt Coswig) liegen, und aus dem Oberherzogthum am Harze und enthält 16 □Meilen, auf welchen in 7 Städten, 1 Marktflecken, 60 Dörfern, 7 Vorwerken im J. 1830 über 43,000 Einw. lebten. Die Hauptstadt ist Bernburg an der Saale. Nachdem das Herzogthum durch den Theilungsvertrag von 1603 an Christian I., Joachim Ernsts zweiten Sohn, gefallen

---

56) Man sehe über alles dieß Gönner a. a. O. Nr. LXXII. (nicht LXXXII.) p. tot. und 1. Bd. Nr. VII. §. 21.

war, welcher der Stammvater des noch blühenden fürstl. bernburgschen Hauses geworden ist, theilten sich nach dessen im J. 1630 erfolgtem Absterben seine beiden Söhne, Christian II. und Friedrich, dergestalt in das Land, daß Letzterer Harzgerode und den Harzdistrict, Ersterer das Uebrige bekam; jedoch erlosch Friedrichs Linie, Bernburg-Harzgerode, schon wieder mit dessen Sohne Wilhelm im J. 1709, worauf das Land an die Hauptlinie zurückfiel. Auf Christian II. folgte der berühmtere Fürst Victor Amadeus, welcher Belleben und Zeitz von der dessauischen Linie und die hoymschen Güter erkaufte, welches Alles er seinem zweiten Sohne Leberecht, jedoch mit Vorbehalt der Landeshoheit, übergab, wodurch die Nebenlinie Bernburg-Hoym-Schaumburg gestiftet wurde, indem Fürst Leberecht sich mit Charlotte von Nassau-Schaumburg vermählte, welche ihm die Grafschaft Holzapfel und die Herrschaften Schaumburg und Lauenburg zubrachte. Nach dem im J. 1812 erfolgten Aussterben dieser Nebenlinie im Mannesstamme aber erhielt Anhalt-Bernburg diese Güter wieder. An Fürst Victor Amadeus fielen Plötzkau und Harzgerode zurück, und dessen Bruder, der Prinz Leberecht, erhielt das Amt Hoym mit allen Gerechtsamen und auf den Fall des Absterbens der Harzgeroder Linie das Dorf Frose für sich und seine Nachkommen. Jener starb, nachdem er als Senior des fürstlichen Gesammthauses sich die Herausgabe der Geschichte Anhalts, welche Beckmann, Professor zu Frankfurt a. M., schrieb, hatte angelegen sein lassen, im J. 1718. Seinem ältesten Sohne Karl Friedrich, welcher 1721 schon mit Tode abging, succedirte dessen Sohn Victor Friedrich, der durch Verträge mit den übrigen fürstlichen Häusern den alleinigen Besitz der Harzbergwerke erwarb und mit den benachbarten Fürsten Grenzrecesse errichtete. Friedrich Albrecht, der hierauf von 1765—1796 regierte, sorgte für das Wohl seines Landes durch Verbesserung der Schulen und der Gerechtigkeitspflege. Unter seinem Sohne und Nachfolger Alexius Friedrich Christian, der am 18. April 1806 von Kaiser Franz II. die herzogliche Würde erhielt und sein Fürstenthum zu einem Herzogthume erhob, fiel, wie schon bemerkt, das Amt Hoym nebst Zeitz und Belleben 1812 an das Herzogthum Bernburg zurück. Dieser legte 1810 das Alexisbad an, gab 1811 ein Hausgesetz über die Volljährigkeit der bernburgischen Fürsten im 18. Jahre, bewirkte 1820 die Vereinigung der Lutheraner und Reformirten in *eine* evangelisch-christliche Kirche, trat 1826 dem preuß. Zollvereine bei und starb 1834, nachdem er noch ein Jahr zuvor eine neue oberste Behörde unter dem Namen Geheimer Conferenzrath eingesetzt hatte, wovon weiter unten mehr. Der jetzt regierende Herzog Alexander Carl, geb. den 2. März 1805, succedirte den 24. März 1834.

Der jedesmalige regierende Herzog zu Anhalt-Bernburg führt den Titel: regierender Herzog zu Anhalt, Herzog zu Sachsen, Engern und Westphalen, Graf zu Ascanien, Herr zu Bernburg und Zerbst, und das anhalt-bernburgische Wappen ist von den Wappen der beiden andern herzoglichen Linien (s. diese) insofern verschieden, als ihm Helme und Schildhalter fehlen, das Herzschild mit der herzoglichen Krone be-

deckt ist und das Ganze aus 11 Feldern und dem Herzschilde bestehende Wappen auf einem mit einer Herzogskrone versehenen Hermelinmantel ruht. Der Herzog besitzt völlige Souveränetät und die höchste vollziehende Gewalt, und während er den Zügel der Regierung selbst führt, sind auch alle Staatsämter von ihm abhängig. Die Hofstaatsangelegenheiten und die Hofpolizei besorgt und handhabt das Hofmarschallamt, dessen Gerichtsbarkeit über Personen des Hofstaates durch eine Verordnung vom 15. December 1834 völlig aufgehoben ist.

Was die Verwaltungsbehörden des Landes betrifft, so ist der von Alexius Friedrich Christian unterm 12. December 1832 eingesetzte und mit dem 1. Januar 1833 in Wirksamkeit getretene Geheime Conferenzrath die oberste Staatsbehörde; sein Wirkungskreis erstreckt sich nach einer Verordnung vom 30. März 1834 auf alle Haus-, Hof- und Staatsangelegenheiten und überhaupt auf die gesammte Landesverwaltung, und alle in diesen Angelegenheiten an den Herzog gerichtete Sachen werden, statt an die bisherige Geheime Canzlei, an den Conferenzrath abgegeben und dem Herzog zur Entscheidung vorgetragen. Der Geheime Conferenzrath besteht aus fünf ordentlichen Mitgliedern und aus Staatsbeamten, die der Herzog für beständig, oder auf einige Zeit, oder für einzelne Fälle zu außerordentlichen Mitgliedern ernennt, denen jedoch nur ein votum consultativum zusteht. Hierauf folgt die Landesregierung, welche zugleich Lehnscurie ist und sich mit Landeshoheits- und Landespolizeisachen beschäftigt und das indirecte Steuer- und Zollwesen, die Landeskriegscasse, das Stempelwesen, Amtserben-Zinsenwesen, die Landes-Societätssteuercasse, sämmtliche Unter- und Patrimonialgerichte u. s. w. beaufsichtigt, und welcher nach einer Verordnung vom 14. December 1807 auch die Gerichtsbarkeit über geistliche Personen und Sachen, insofern sie bürgerliche Rechtsverhältnisse und peinliche Verbrechen der Ersteren zum Gegenstande hat und die Jurisdiction in allen Ehesachen, ferner über die im Lande wohnenden preuß. Postbeamten, die Hofdienerschaft ꝛc. übertragen worden ist. Sie besteht aus einem Präsidenten, mehreren Räthen, Assessoren, einem Secretär und mehreren Canzellisten und ist die erste Instanz in Rechtsangelegenheiten der Regentenfamilie nach einem Edict vom 29. April 1811, ferner die erste Instanz der eximirten Unterthanen und Güter, deren zweite Instanz das Rechtsmittel der Läuterung, und dritte Instanz, nach der Wahl der Parteien, entweder Oberläuterung oder Oberappellation ist, gibt in Hinsicht der schweren Verbrechen das erste Erkenntniß und ist die zweite Instanz für Rechtssachen, die bei Untergerichten verhandelt werden. Von ihren Erkenntnissen kann man an das Oberappellationsgericht in Zerbst appelliren. Getrennt von der Landesregierung führt das Consistorium in Bernburg die Aufsicht über die Landeskirchen, über das Kirchen- und Schuldisciplinarwesen, die Kirchen- und Schuldiener, jedoch nur in den ihr kirchliches Amt und dessen Verwaltung betreffenden Sachen, und über Kirchen- und Schulvermögen, sowie alle frommen Stiftungen, Hospitäler und Armencommissionen, welche letztere die Einkünfte der in den Städten

und Dörfern befindlichen Armenanstalten verwalten, demselben untergeordnet sind. Dasselbe ist aus einem Superintendenten, einem Oberprediger, einem Pastor und einem Regierungsrath zusammengesetzt. Hierbei ist noch zu erwähnen, daß durch eine Verordnung v. 11. Jan. 1832 im ganzen Lande Ortsschulvorstände, gebildet aus den Schulinspectoren und den Gemeindevorstehern eines jedes Schulortes, eingeführt sind. Das Kammercollegium, welches zu Bernburg seinen Sitz hat, besteht aus einem Präsidenten, mehreren Räthen, einem Secretär, einem Cassirer und mehreren Copisten und Calculatoren, und verwaltet nach einer Ordre und einem Reglement vom 30. September 1766 die herzoglichen Domainen, Feudal- und Allodialgüter, überhaupt das herzogliche Vermögen sowie das Kammererbenzinswesen, ferner die Finanzen, Fabriken und den Zoll betreffende Sachen und führt die Controle über das Finanz-, Cassen- und Rechnungswesen und die Aufsicht über alle Cassen, deren Einkünfte dem Lande zustehen. — Das zu Harzgerode eingesetzte Forstamt ist die Behörde über alle landesherrliche Forst-, Jagd- und Fischereigerechtsame, über die Forstwirthschaft, über Grenzangelegenheiten des Oberherzogthums, über Wege und Chausseen in den Harzforsten und wird jetzt von einem Oberforstmeister präsidirt. Es hat zwar die Jurisdiction über Forst- und Jagdbediente in Dienstsachen, allein nach einer Verordnung vom 30. März 1834 sind dieselben in den übrigen persönlichen Angelegenheiten ihrer ordentlichen Civilgerichtsbarkeit unterworfen. Zur Verwaltung des Bergbaues und zur Ausübung der Gerichtsbarkeit über die bei dem Bergwesen Angestellten und über die Bergleute ist zu Harzgerode eine Bergwerkscommission und zur Verwaltung der Eisenhüttenwerke und Ausübung der Disciplinargewalt über alle dabei Angestellte auf dem Mägdesprung eine Eisenhüttencommission niedergesetzt, welche jedoch durch eine Verordnung vom 14. Juli 1836 der bis dahin ihr zuständigen Gerichtsbarkeit enthoben worden ist. Zwei Bauinspectionen ist die Aufsicht über das Bauwesen im Lande übertragen, und eine mit Preußen gemeinschaftlich errichtete Dammbaucommission zu Bernburg sorgt für die Erhaltung der den Fluthen der Saale entgegengesetzten Dämme, wogegen eine Buhnenbaucommission in Coswig die Elbwälle beaufsichtigt. Die Bauangelegenheiten regelt eine Bauordnung vom 4. April 1828. Die seit dem 12. Januar 1813 zu Ballenstedt errichtete und unter den unmittelbaren Befehlen des Herzogs stehende Medicinalcommission verwaltet das Medicinalwesen und die öffentliche Gesundheitspflege, prüft sämmtliche im Lande anzustellende Medicinalpersonen, welche ihr auch als solche unterworfen sind, und besteht aus einem nicht ärztlichen vorsitzenden Mitgliede, zwei Aerzten, einem Wundarzte und einem Apotheker, als berathenden Mitgliedern, denen ein Secretär zu Führung der Protocolle u. s. w. beigegeben ist. Eine Medicinalordnung vom 2. October 1820 bestimmt ihre Angelegenheiten näher. Ein Directorium führt die Verwaltung der den 21. December 1829 errichteten allgemeinen Civildiener-Witwen- und Waisencasse, mit welcher auch die Prediger- und Schullehrer-

Wittwencasse vereinigt worden ist, besteht aus dem jedesmaligen Präsidenten der Landesregierung, einem anderen Mitgliede derselben und ist den unmittelbaren Befehlen des Herzogs unterworfen. Am 21. December 1813 ist eine Kriegscommission zu Bernburg niedergesetzt worden. Das Conscriptionsgesetz vom 28. Januar 1831 bestimmt die Dienstzeit der militärpflichtigen Unterthanen auf 4 Jahre, und ein Nachtrag dazu vom 21. December ej. a. setzt die Aufstellung einer Reserve fest. Zum Bundescontingent stellt Anhalt-Bernburg 370 Mann.

Das ganze Herzogthum besteht aus 10 Aemtern, wovon jedoch das Justizamt Günthersberge keinen eigenen Justizbeamten hat, sondern von dem zu Harzgerode verwaltet wird, und an die Spitze jedes Amtes ist ein Justizamtmann oder Dirigent gesetzt, welchem ein Actuarius untergeordnet ist. In der Stadt Bernburg gibt es außerdem Stadtgerichte, welche aus einem Justizbeamten und einem Stadtsecretär (Actuarius) gebildet sind, und diesen sowohl, als den Justizämtern liegt die höhere Ortspolizei ob, während, wie schon oben bemerkt, die Landesregierung die Oberbehörde in Polizeisachen ist. Die Justizämter, das Stadtgericht zu Bernburg und die Patrimonialgerichte bilden die erste Instanz für die nicht schriftsässigen Unterthanen, erkennen über leichtere Verbrechen und Vergehungen und sind der Landesregierung untergeordnet. Dann sind noch in den Städten Magistrate, welche in einer hinsichtlich der Gemeinde und des Localpolizeiwesens verwaltenden und vollziehenden Behörde, die den Magistrat in corpore bilden, ferner in einer verrechnenden und Cassenbehörde, die sich in der Person des activen Kämmerers befindet, und endlich in einer repräsentirenden, berathenden und controlirenden Behörde bestehen, die den ganzen Magistrat in Gemeinschaft mit den in jeder Stadt zu erwählenden Rathmännern umfaßt. Die Mitglieder des Magistrates theilen sich in ordentliche und außerordentliche, und zu jenen gehören ein Bürgermeister, ein Kämmerer und ein Stadtschreiber, zu diesen vier bis sechs Rathmänner. Den Magistraten weist die allgemeine Geschäftsordnung vom 6. Nov. 1823 ihren Wirkungskreis an, wozu noch als Nachtrag, ein Edict wegen Errichtung eines Bürgerausschusses vom 15. Decbr. 1831 erschienen ist, wonach 16 von der Bürgerschaft erwählte Mitglieder dem Magistrate zur Seite gesetzt sind. In den adeligen Gerichten besorgen die Justitiarien die Rechtspflege, und in den Dörfern verwalten die Gemeindeangelegenheiten die Dorfgerichte nach der Dorfordnung vom 28. Mai 1810 und üben ebenfalls die niedere Polizei aus. Auch sind unter der Landesregierung stehende und von derselben geprüfte Sachwalter unter dem Namen Regierungsadvocaten im Lande angestellt, deren Zahl jedoch unbestimmt ist und denen ein besonderer Wohnort, wie es z. B. im Herzogthum Anhalt-Dessau der Fall ist, nicht angewiesen zu werden pflegt. Auch besteht eine Gendarmerie im Lande, der eine Instruction vom 12. October 1810 ertheilt ist, und eine Landesfeuercasse. Ein Zuchthaus gibt es in Bernburg, welches zugleich auch als Irrenanstalt dient.

Die Finanzen des Herzogthums anlangend, so belaufen sich

die Einkünfte ungefähr auf 450,000 fl., die Schulden ungefähr auf 600,000 Gulden. Erstere, welche theils aus den Einnahmen der herzogl. Domänen und Forsten, theils aus den Steuern und Abgaben der Unterthanen gebildet werden, bestehen aus den Steuern, welche durch das von Preußen angenommene Zollsystem vereinnahmt werden, ferner aus dem Elbschifffahrtszoll, der bei Coswig erhoben wird; aus der Tranksteuer, die von Jedem verbrauet werdenden Wispel Getreide gegeben werden muß; aus der Quartsteuer, dem vierten Theile der nicht mehr bestehenden Landsteuer, welche zu verschiedenen vorbehaltenen Fällen verwendet wird; aus den Gaben, welche auf dem Lande erhoben werden, und endlich aus der Stempelimpost, die von dem bei gerichtlichen Verhandlungen erfoderlichen Papiere, von Spielkarten und mehreren anderen Sachen, welche mit einem Stempel versehen sein müssen, erhoben wird. (S. auch F. Gottschalk, Hof- und Staatshandbuch des Herzogthums Anhalt-Bernburg.)

In Betreff der Rechtsverfassung des Herzogthums kommen hierbei die unter dem Artikel: Anhalt als Gesammthaus erwähnten früheren Landesordnungen in Betracht, und außerdem sind die schon früher erschienenen, sowie die späterhin mit den bernburger Anzeigen ausgegebenen mannigfachen Verordnungen seit Kurzem gesammelt und in vier Quartbänden unter dem Titel erschienen: Gesetzsammlung für das Herzogthum Anhalt-Bernburg; worin der erste Band Staatsgrund-, Gerichts-, Kirchen- und Schulgesetze vom J. 1720 bis 1832; der zweite Band: Regierungsgesetze, erste Abtheilung vom J. 1721—1799; der dritte Band: Regierungsgesetze, zweite Abtheilung vom J. 1800—1832; der vierte Band: Finanz- und Kriegsgesetze vom J. 1734—1832, und im Anhange: die gesetzlichen Verordnungen vom J. 1833 bis zum Monat März 1834 enthält. Ein fünfter Band, welcher vorbereitet wird, beginnt die Gesetzsammlung seit dem Regierungsantritte des Herzogs Alexander Carl (24. März 1834). Eine höchste Ordre vom 10. Oct. 1833 befiehlt die Fortsetzung der Gesetzsammlung. Die in derselben vorkommenden hauptsächlichen Abweichungen von den Rechten anderer Länder, und die Anhalt-Bernburg in den einzelnen Theilen des Rechtes besonders eigenthümlichen Bestimmungen und Rechtsinstitute sollen nun im Folgenden näher erörtert werden, so weit der Raum es gestattet.

Staatsrecht. Das Recht der Erstgeburt führte Fürst Victor Amadeus durch eine Verordnung vom Jahre 1677, welche zwei Jahre nachher vom römisch-teutschen Kaiser bestätigt wurde, in seinem Hause ein, wonach jeder regierende Fürst den Rang über den Apanagirten erhalten hat, wenn gleich diese älter an Jahren sind, indem vorher der Rang nach Alter und Lebensjahren sich bestimmte. Ein Edict vom 29. April 1811 setzt fest, daß in Rechtsangelegenheiten der Regentenfamilie die Landesregierung Gerichtsbehörde sein soll, und ein Patent vom 30. October 1811 bestimmt die Majorennität der Mitglieder dieser Familie auf den Zeitpunct des zurückgelegten 18. Jahres.

Lehnrecht. Hierbei ist nur ein Regulativ, das Erbenzinslehenwesen betreffend, vom 1. December 1797 zu erwähnen, sowie ein Patent vom 25. Juni 1810, welches die auswärtige Lehnsherrlichkeit, mit Ausnahme der den regierenden Herzögen zu Anhalt-Dessau und Cöthen zustehenden, im Herzogthume Anhalt-Bernburg gelegenen Lehen, aufhebt.

Criminalrecht. Durch ein Edict vom 16. December 1801 ist die Folter abgeschafft worden. Eine Verordnung vom 8. August 1788, die Verhütung des Kindermordes betreffend, setzt fest, daß Dienstherrschaften in ihrem Dienste schwanger gewordenes Gesinde nicht beschimpfen oder verjagen sollen, und eine Verordnung vom 9. Sept. 1799 bestimmt jene näher und erweitert dieselbe, hebt unter anderen Bestimmungen in §. 1 die übliche Hurenstrafe (mulcta stuprorum) für das weibliche Geschlecht gänzlich auf und sagt in §. 5, daß, wer die Geschwängerte eine Hure schimpfe, mit dreitägigem Gefängniß oder einer Geldstrafe von 5 Thalern belegt werden solle. Nach §. 8 dieser Verordnung muß der Schwängerer der Geschwächten 5 Thaler Entbindungs- und Taufkosten und 12 Thaler jährlich zur Unterhaltung des Kindes bis nach Verfluß von dessem 15. Lebensjahre entrichten. In dem Edicte vom 11. Juli 1740 wegen der nächtlichen Einbrüche ist festgesetzt, daß, wenn Jemand in seinem Hause bei nächtlicher Zeit einen Fremden, welcher nicht zur rechten Thür hineingegangen, sehen würde, er solchen zuvörderst ein bis zweimal anrufen, im Fall aber derselbe sich nicht sofort zu erkennen geben und Stand halten wollte, ohne alle Strafe und Verantwortung als einen Dieb und Mörder ansehen und niederschießen könne; jedoch dürften sich kaum Fälle finden, wo dieß Gesetz zur Anwendung gekommen wäre. — Ein Edict vom 10. Februar 1812 handelt von der Bestrafung des Diebstahles und enthält viele Einzelheiten. Hierher gehört auch das Edict vom 2. März 1763, die Aufführung des Gesindes und dessen Betragen gegen die Herrschaft betreffend, sowie eine Verordnung vom 12. Jan. 1781, das Verhalten des Gesindes gegen die Herrschaft und Bestrafung der Schwenzelpfennige anlangend, wonach ad 31 Gesinde, was Victualien oder andere Sachen entwendet oder sich Schwenzelpfennige gemacht hat, entweder an den Pranger gestellt oder mit vier-, sechs- und mehrwöchentlicher Zuchthausstrafe belegt werden soll. — Eine Verordnung, den Nachdruck betreffend, ist vom 2. December 1827, und eine Bekanntmachung vom 27. October 1832, wegen Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck. — Eine Verordnung vom 3. August 1826 betrifft die Errichtung von Steuerdefraudations-Untersuchungsgerichten. — Nach einer Verordnung vom 6. Februar 1801 müssen Schwängerer 15 Thaler Strafgelder bezahlen, und nach einer Verordnung vom 28. April 1815 uneheliche Soldatenkinder von ihren Vätern alimentirt werden. Eine Verordnung vom 19. Nov. 1811 setzt fest, daß beim Ehebruch, wenn keine erschwerenden Umstände Zuchthausstrafe gebieten, auf sechswöchentliches Gefängniß oder eine Geldbuße von 50 Thaler erkannt werden soll. — Ein Mandat vom 11. Sept.

1771 verbietet den Auf- und Vorkauf aller Victualien auf dem Lande und im Unterherzogthum. — Durch eine Vorschrift vom 14. Juni 1786 ist verordnet, daß gegen saumselige und nachlässige Rechnungsführer und Revisoren streng zu verfahren sei. — Was endlich die Vergehen der Soldaten anlangt, so sind in den Kriegsartikeln für das herzoglich anhalt-bernburgische Militär vom 23. Dec. 1813 Strafbestimmungen darüber gegeben.

Kirchenrecht. Durch eine Verordnung vom 7. März 1808 ist den Katholiken die freie Ausübung ihres Cultus gestattet und durch eine Approbation vom 28. Sept. 1820 sind die proponirten Synodalbeschlüsse zur Wiedereinigung der beiden Confessionen in der protestantischen Kirche bestätigt worden. Ein darauf bezügliches Rescript, die Kirchenvereinigung betreffend, ist vom 13. Febr. 1821. Hinsichtlich der Geistlichen bestimmt eine landesherrliche Verordnung oder sanctio pragmatica vom 29 October 1772, wie es nach Absterben eines Predigers zwischen dessen hinterlassener Wittwe und Kindern und dem nachfolgenden Prediger bei der Auseinandersetzung wegen der Besoldungsstücke gehalten werden soll. Nach §. 1 sollen das Einkommen des halben Gnadenjahres die Wittwen, Kinder und Enkel, mithin in linea descendente allein genießen, die Erben eines Predigers aber in linea ascendente vel collaterali davon ausgeschlossen sein. — Ein Rescript vom 19. Oct. 1809 schreibt die Einführung ordentlicher Haltung von Acten Seiten der Prediger vor, worein alle Gegenstände, welche in den verschiedenen Amtsgeschäften eines Predigers vorkommen, gebracht werden sollen. Ueber die Amtskleidung derselben spricht eine Ordre vom 12. Jan. 1818 nebst Consistorialrescript vom 15. Jan. 1818, welches auch den Predigern und ordinirten Candidaten das Tragen farbiger Unterkleider untersagt. — Durch ein Publicandum vom 20. Sept. 1822 ist das Beichtgeld aufgehoben und den Pastoren für den Verlust desselben eine jährliche Entschädigung aus der Kammercasse zugesichert worden. Nach einer Verordnung vom 11. Mai 1780 müssen dieselben über die Wichtigkeit des Eides bisweilen predigen, und ein Consistorialrescript vom 9. Nov. 1830 verbietet, Leichenreden am Grabe zu halten, sowie auch ein Rescript vom 19. August 1830 die körperlichen Züchtigungen der Kinder beim Religionsunterricht untersagt. Um das zu beobachtende Verfahren bei kirchlichen Aufgeboten und Trauungen in dem Lande genau zu bestimmen und allen Irrungen und Streitigkeiten deßhalb vorzubeugen, ist unterm 8. Oct. 1832 ein Edict gegeben worden, worin es unter Anderen §. 33 heißt: Wenn die Braut sich schwanger befindet, oder in Folge des mit ihrem jetzigen Verlobten gepflogenen unerlaubten Umganges bereits außerehelich niedergekommen ist, findet die Trauung nicht in der Kirche statt, sondern wird in der Stille im Hause des Pastors verrichtet. Daß Copulirte zwei junge Obstbäume auf kirchlichen Grundstücken anpflanzen, oder eine Abgabe an die Kirche dafür entrichten sollen, schreibt eine Verordnung vom 24. Juli 1766 vor. Dieses Gesetz findet aber keine Anwendung mehr.

Prozeß. Hier sind folgende Gesetze zu erwähnen: Rescript vom 31. Juli 1770, die Verbesserung des Justizwesens im Lande betreffend, nach welchem z. B. ein Schuldner zur Bezahlung erst eine 14-tägige, und nach deren Ablauf, auf vorgebrachte Ungehorsamsbeschuldigung unter Anberaumung eines Executionstermines, nochmals eine sächsische Frist erhält. — Edict vom 15. Mai 1776, die Abkürzung der Prozesse; Ordre vom 25. März 1811, das summarische Verfahren in Innungsangelegenheiten betreffend; Circular vom 23. Juni 1720 wegen der Instructionsmethode bei prozessualischen Verhandlungen. — Instruction zur Führung der Untersuchungen in Militärsachen und zur Procedirung bei den Militärgerichten vom 14. Mai 1832. — Landesherrliche Verordnung, die Kostenfreiheit in Rechtsangelegenheiten der Kirchen, Schulen, Hospitäler und milden Stiftungen betreffend, vom 18. April 1834. — Aus dem Arrest- und Concursedicte vom 13. Mai 1782 ist zu bemerken, daß darin der sächsische Arrestprozeß aufgehoben wird und bestimmt ist, daß in Ansehung rückständiger, herrschaftlicher und anderer privilegirten Cassengefälle, rückständiger Zinsen und des Liedlohns nur ein Rückstand von 3 Jahren, vom Tage des eröffneten Concurses zurückgerechnet, der privilegirten Stelle zuerkannt werden soll. Eine Erklärung wegen der Güterabtretung des Gemeinschuldners ist vom 26. December 1816. Durch ein anderes Edict vom 13. Mai 1782 wird unter Anderem festgesetzt, daß die Handelsbücher der Kaufleute nur auf ein Jahr von der Zeit an, wo die Schuld contrahirt worden, halben Beweis sollen abgeben können und nur insofern die Kaufleute zum Suppletorium zu lassen seien, und daß, wer länger als ein Jahr borgen wolle, sich eine Handschrift ausstellen lassen müsse.

Privatrecht. Durch eine Verordnung vom 4. Februar 1755 ist bestimmt, daß der Fiscus bei Cassenresten vor der Mitgift der Ehefrauen und Wittwen einen Vorzug haben solle. Nach einem Edicte vom 17. Juni 1776 müssen alle sogenannten stillschweigenden Hypotheken in die gerichtlichen Hypothekenbücher eingetragen werden, widrigenfalls sie für bloße chirographarische Schulden gerechnet werden, wohin auch die Verordnung vom 3. Sept. 1799 wegen Intabulirung der Ehegelder gehört. Ein Rescript vom 2. Decmber 1779, die Fürsorge für das Vermögen abwesender Personen betreffend, setzt fest, daß ein Abwesender, der von seinem Aufenthalte und Leben keine Nachricht gegeben hat, nach Verlauf von 10 Jahren für todt erklärt werden kann. — Durch ein Edict vom 13. Mai 1782 sind alle außergerichtlichen Testamente auf dem Lande abgeschafft worden, und im Edicte vom 13. Mai dess. J. ist bestimmt, daß alle Verabredungen, welche 50 Thaler Werth betreffen, schriftlich abgefaßt und alle Contracte, wobei das Eigenthum einer unbeweglichen Sache übergeht, oder auch darin nur ein dingliches Recht an unbeweglichen Gütern erworben werden soll, gerichtlich vorzutragen sind, bei Strafe, daß außerdem weder auf Vollbringung des Geschäftes, noch sonst solle geklagt werden können. — Das Familienrecht anlangend, so ist dabei zu bemerken, daß ein Edict vom 30. März 1784 die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben hat, und daß zur genauen Feststellung

der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Herrschaften und Gesinde und solcher Vorschriften, welche eine Verbesserung der dienenden Classe der Unterthanen bezwecken, am 22. April 1820 eine Gesindeordnung erschienen ist. — Nach §. 5 des Trauerreglements vom 26. Juli 1748 sollen Eltern ihre unter 10 Jahren verstorbenen Kinder gar nicht betrauern. — Hinsichtlich der Eigenthumsrechte und deren Beschränkung gehört dahin die Verordnung vom 6. Oct. 1778 wegen Beschränkung der Taubenflucht, und ein Decret vom 26. Nov. 1778, welches die Zahl der Tauben pro Hufe auf 8 bis 10 Paar festsetzt; ferner ein Edict vom 21. Febr. 1783 wegen Schonung der Kleeäcker und Futterkräuter in der Brache, zur Richtschnur für alle Hut- und Triftberechtigte und die Hirten; ein Edict vom 31. August 1785, das verbotene Betreiben der mit Futterkräutern bestellten Acker mit dem Schafvieh betreffend; eine Verordnung vom 5. April 1796, daß Niemand ohne höhere Erlaubniß Wiesen umreißen soll; endlich ein Edict, die Behütung des Wintergetreides betreffend, vom 28. Oct. 1822, wodurch die Vorschrift, daß zur Winterszeit, wenn es gefroren hat, die Behütung des Getreides von Seiten der Koppelhutungsberechtigten bis zum 21. März nachgelassen ist, ganz aufgehoben wird. Zur Ausführung des Vorhabens, ein Gesetz über Hutungsseparationen im ganzen Lande zu erlassen, ist am 11. Oct. 1837 eine Instruction für die Separations-Vermittelungscommissionen erschienen. Als singulär im Rechte der Foderungen ist anzuführen, daß ein Edict vom 17. August 1786 das Näherrecht und Einstandsrecht aus der Verwandtschaft oder der Nachbarschaft aufgehoben, das durch letzten Willen oder Vertrag errichtete aber ausgenommen hat. In Betreff der verschiedenen Stände bestimmt ein Decret vom 3. Juni 1825 in Bezug auf die Verpflichtung zum Bürgerwerden, daß die bloße häusliche Niederlassung ohne Besitz eines Grundeigenthumes zwar jeden Einwohner berechtigt, das Bürgerrecht zu erwerben und zum Bürgerwerden verpflichtet, jedoch als Bürger nur derjenige betrachtet werden könne, welcher ein Haus oder städtisches Grundstück erworben hat, oder ein zum Bürgerthum gehöriges städtisches Gewerbe treibt oder betreiben will. Nach einer Verordnung vom 9. Mai 1758 sollen alle Soldaten und landesherrlichen Diener, welche sich ansässig machen, Bürger werden. — Um die herzogliche Dienerschaft über das künftige Schicksal ihrer hinterlassenen Familien zu beruhigen und den Letzteren die erfoderliche Unterstützung nach dem Ableben ihrer Versorger mit Sicherheit zu verschaffen, ist eine Ordnung über die Civildiener-, Wittwen- und Waisencasse vom 20. December 1829 bekannt gemacht. — Eine allgemeine Feuerordnung für sämmtliche Städte, Dorfschaften und Orte im Herzogthum ist vom 19. Sept. 1814. — Zur Abhilfe von Mißbräuchen beim Bauwesen der Unterthanen und der Ungebührnisse der Baugewerke und zur festen Entscheidungsnorm für Streitigkeiten über Baugegenstände dient eine Bauordnung vom 4. April 1828, worin es unter Anderem in §. 111 heißt: Die in Städten aufgeführten Gebäude dürfen nicht länger als 3 Jahre nach ihrer Vollendung ohne Anputz oder Bekleidung gelassen werden;

und im §. 117: Jeder soll wenigstens 2 Fuß von des Nachbars Gebäude entfernt bleiben; im §. 118: Fällt aber die Traufe in den Zwischenraum, so muß diese Entfernung 3½ Fuß, fällt von beiden Gebäuden die Traufe in den Zwischenraum, so muß sie 5 Fuß betragen; endlich im §. 137: Hat Jemand ein Traufrecht, so darf er die Traufe wohl höher anlegen, aber nicht erniedrigen. — Hinsichtlich der jüdischen Unterthanen des Herzogthums hat eine Bekanntmachung vom 13. Juli 1810 die Judenprocentgelder beim Ankauf von Häusern oder Grundstücken aufgehoben, und in einer Bekanntmachung vom 2. April 1811 wird gesagt, daß die Abgabe, welche von fremden Reisenden der israelitischen Religion unter dem Namen des Judenleibzolles vormals erhoben worden, schon seit mehren Jahren aufgehoben sei. Ein Edict vom 26. Mai 1828, die Eingehung der Ehe jüdischer Unterthanen, sowie die Ausstellung von Schuldbekenntnissen, Ehestiftungen, Testamenten, Contracten und allen sonstigen Documenten betreffend, bestimmt, daß zur Erforderniß der Giltigkeit der Letzteren die jüdischen Unterthanen sich der teutschen Sprache und christlichen Zeitrechnung zu bedienen haben, welches auch hinsichtlich der Beweiskraft ihrer kaufmännischen Handelsbücher vorgeschrieben wird. — Nach einer Verordnung endlich vom 30. Januar 1832 müssen die allgemeinen Landesgesetze auch auf die israelitischen Unterthanen angewendet werden. — In Betreff des Forst- und Jagdregals enthält die Forst- und Jagdordnung vom 15. Juni 1801, mit einem Anhange von der Fischerei, hierüber nähere Bestimmungen; so ist z. B. §. 143 gesagt: Wenn die abzutreibenden Privathölzer die erfoderlichen Jahre erreicht haben, so werden solche vom Forstamt angewiesen und der Anschlag mit dem Mahlhammer verrichtet; im §. 158: Es darf Niemand in seinen Holzungen Eicheln oder Bucheckern lesen, Obst und Nüsse brechen oder Gras schneiden; im §. 178: Das Verfahren in Forstsachen ist, so weit es kleinere Forstverbrechen betrifft, kurz und summarisch. Was die Besaamung und Bepflanzung der Forsten anlangt, so ist unter Anderem in §. 199 bestimmt, daß, um die natürliche Besaamung leichter zu machen, die Schläge der Nadelholzwaldungen so schmal als möglich von Nordwest gegen Südost geführt werden müssen. Von der Huth und Trift, auch von der Schonung sagt §. 256: Keine Ziege soll von dem Hirten mit in den Wald getrieben, noch in Büschen und Feldhecken besonders gehütet werden. In der Jagdordnung ist §. 8 fest gesetzt, daß nur vom 1. Mai bis 20. Sept. Hirsche und vom 1. Oct. bis Ende des Jahres gelte, alte und Schmalthiere geschossen werden können; §. 59: Die Jagdfolge ist nur innerhalb 24 Stunden zu gestatten. Im Anhange zur Jagdordnung, der von der Fischerei handelt, ist §. 96 bestimmt, daß das Einlegen des Flachses zum Rösten in allen Teichen, Fisch- und Krebsbächen gänzlich verboten sei. Eine landesherrliche Verordnung vom 29. Nov. 1835 ändert die §§. 9, 11 und 12 der Jagdordnung ab, und will in §. 1 Schwarzwild außerhalb eingezäunter Wildbahnen zu keiner Zeit geschont wissen. — Das Mühlenrecht anlangend, so bestimmt die Mühlenordnung vom 19. Nov. 1742 im §. 5, daß jedesmal

vor Anlassung der Mühle der Lauf um den Mühlstein mit Kleie ausgefüllt sein soll, und das Mühlenregulativ vom 24. März 1820 im §. 1, daß in allen Mühlen für die obere Weite des Laufes vom Steine 1 Zoll und für die untere, wo er aufsteht, $2\frac{1}{2}$ bis 3 Zoll rheinländisches Maß festgestellt sein soll. — Eine Deichordnung für die Saaldeiche ist vom 9. Sept. 1778. G.....e.

Beschädigung und Vernichtung von Sachen. Wird nicht durch Zufall, sondern durch eine willkürliche Handlung eine fremde Sache beschädigt oder vernichtet, so erscheint als civilrechtliche Folge die Verbindlichkeit, den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. s. Schadenersatz. Nach gemeinem (römischem) Rechte hat diese Handlung, selbst wenn sie aus Vorsatz begangen wurde, im Allgemeinen keine öffentliche Strafe zur Folge; denn es läßt nur die Privatklage des Verletzten bald mehr, bald weniger, als Pönalklage erscheinen und so eine Privatstrafe eintreten[1]). Nur für einzelne Fälle droht es mit einer öffentlichen Strafe. Ihr soll derjenige unterworfen sein, der solche Gegenstände des öffentlichen Eigenthumes, welche zum gemeinen Gebrauch dienen, beschädigt und unbrauchbar macht[2]), oder eine sogenannte befriedete Sache verletzt[3]), oder Bäume, besonders Fruchtbäume und Rebstöcke beschädigt[4]), oder auf dem Halm stehende Feldfrüchte anzündet[5]).

Da die Carolina schweigt[6]), so hat die neuere Doctrin[7]), zur Analogie ihre Zuflucht nehmend, aus dem römischen Rechte den Grund-

---

1) Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes, Th. 2. §. 202. „Von der rechtswidrigen Beschädigung und Zerstörung fremder Sachen im Allgemeinen" S. 359, 360.

2) L. 1. §. 1. D. de extraord. crim. (47. 11) „Fit iniuria contra bonos mores, veluti, si quis aquas spurcaverit, fistulas, lacus, quidve aliud ad iniuriam publicam contuminaverit, in quos graviter animadverti solet."

3) §. 10. Inst. de rer. div. (2. 1.) „Sanctae quoque res, veluti muri et portae civitatis, quodammodo divini iuris sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitalis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint." — L. 11. D. de rer. div. (1. 8.) „Si quis violaverit muros, capite punitur."

4) L. 1. D. arb. furt. caes. (47. 7.) „Sciendum est, eos, qui arbores et maxime vites ceciderint — tanquam latrones puniri." Wächter a. a. O. §. 203. „Beschädigung und Abhauen fremder Bäume."

5) L. 16. §. 9. D. de poen. (48. 19.) „Evenit, ut eadem scelera in quibusdam provinciis gravius plectantur, ut in Africa messium incensores." — Neues Archiv des Criminalrechtes Band 14. Halle 1834. S. 460. — Vergl. noch überhaupt Mittermaier, Anmerkungen zum §. 310 seiner Ausgabe von Feuerbach's Lehrb. Gieß. 1836.

6) Ueber den im Art. 168 der C. C. C. hervorgehobenen besonderen Fall der Abhauung fremden Holzes s. Heffter, Lehrbuch des gemeinen Criminalrechtes, Halle 1833. §. 522.

7) Die älteren Criminalisten (vergl. jedoch Matthaeus, de criminibus, ad Lib. XLVII. Dig. Tit. 3. Cap. 1. 2. und Wächter a. a. O. S. 363 über denselben) übergehen die Lehre von der strafbaren Beschädigung fremder Sachen. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes trägt

satz hergeleitet, daß jede böswillige Beschädigung mit Strafe zu verfolgen sei. Wir finden diese Theorie bei Meister jun. Principia jur. crim. §. 190; Klein, Grundsätze des gemeinen teutschen und preußischen peinlichen Rechtes §. 480; Tittmann, Handbuch des gemeinen teutschen peinlichen Rechtes §. 514; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechtes §. 311; Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 211, obwohl andere Strafrechtslehrer, als Roßhirt, Lehrbuch des Criminalrechtes nach den Quellen des gemeinen teutschen Rechtes §. 189 und Wächter a. a. O. diese Lehre bedenklich finden und Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalrechtes §. 129, Note 3 und §. 138 und Heffter, Lehrbuch §. 521 sie aus erheblichen Gründen verwerfen. Bauer, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 263, beschränkt sich gleich anderen, der Rechtspflege gedenkenden Rechtslehrern darauf, vorzutragen, daß die Praxis, welche die willkürliche Strafe nach der Gefährlichkeit des Motives, der Heiligkeit des Gegenstandes, der Größe der Gefahr und des Schadens berechne und von Geldbuße bis zu mehrjähriger Freiheitsstrafe hinaufsteige, den Umstand, daß das römische Recht die vorsätzliche Beschädigung in einzelnen Fällen mit öffentlicher Strafe bedroht habe, zur allgemeinen Richtschnur benutze. Indessen hat der Verfasser zur Beurkundung dieser angeblichen Praxis auf keine Schriften hingewiesen, welche hierüber Zeugniß ablegen, und da die Literatur nur sehr dürftige Nachweisungen enthält [8]), so muß man es wenigstens dahin-

---

blos am Schlusse des §. 191, einen einzelnen Fall heraushebend, vor: Die boshafte Verletzung an den Häusern und das Einwerfen der Fenster wird bei dem Mangel näherer gesetzlicher Bestimmungen nach den Grundsätzen, die von dem Aufruhr, den Gewaltthätigkeiten und den Injurien gelten, oder sonst nach Beschaffenheit der Umstände mit einer angemessenen Geldbuße oder mit einer verhältnißmäßigen Gefängnisse bestraft; und fügt noch §. 203 hinzu, daß dann, wenn eine muthwillige Feueranlegung nicht den Character einer Brandstiftung an sich trage, wegen der dadurch herbeigeführten Beschädigung angemessene Strafe eintrete. Vergl. noch überhaupt, besonders in psychologischer Beziehung: Witte, über die Ursachen muthwilliger Beschädigungen der Zierrathen öffentlicher Gebäude, 1792. Cotta, Preisschrift über die Ursachen, warum in Teutschland Zierrathen an öffentlichen Gebäuden öfter, als in anderen Landen verdorben werden? Hippel, über die Mittel die Verletzung öffentlicher Anlagen und Zierrathen zu verhindern, Berlin 1793. Servin, über die peinliche Gesetzgebung, aus dem Französischen von Gruner, Nürnberg 1786. S. 359, 360. Von jedem Schaden, der dem physischen Eigenthume zugefügt wird. Mohl, System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei, Tüb. 1834. S. 321 flg. Wahrung des Eigenthums.

8) Wächter gedenkt a. a. O. S. 361 eines Gutachtens von Carpzov (pract. rer. crim. qu. 83. Nr. 30. 31.), welches einen vorgelegten Fall boshafter Eigenthumsbeschädigung (Verwüstung eines Gartens), und zwar mit Freiheitsstrafe geahndet wissen will. Heffter zeigt a. a. O. §. 522 Note 5 auf einen von Bopp im 12. Bande von Hitzig's Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege S. 56—61 mitgetheilten Strafrechtsfall hin, wornach das großherz. Hofgericht in Darmstadt die boshafte Verletzung eines Thieres (Pferdes) durch Stiche in die Augen im Jahre 1828 nach Analogie jener speciellen Bestimmungen des römischen Rechtes (mit Zuchthaus) be-

gestellt sein lassen, ob die Praxis allgemein diese Richtung genommen hat.

Sowie das gemeine (römische) Recht nur einzelne Formen rechtswidriger Beschädigungen hervorgehoben und mit Strafe bedroht hat, so haben auch teutsche Particulargesetze sich gewöhnlich auf solche Besonderheiten beschränkt, und sowie das römische Recht besonders die Beschädigungen von Bäumen verpönt, so haben Landesverordnungen hauptsächlich diesen vorzugsweise als schädlich erkannten Frevel mit Strafe bedroht[9]). Eine kursächsische Verordnung vom Jahre 1726 verfügte, daß für jede muthwillige Beschädigung an Bäumen, außer dem Ersatze des Werthes, dem Eigenthümer eine Geldbuße von 40 Groschen bezahlt werden solle[10]). In den Jahren 1747, 1753—1755 und 1770 wurden unter dem für das Beste des Gemeinwesens so wachsamen Markgrafen Carl Friedrich von Baden strenge Verordnungen gegen die Beschädigung von Bäumen, besonders von Obst- und an die Heerstraßen gepflanzten Bäumen, erlassen[11]). Mit gleicher Strenge wurde durch eine landgräflich hessen-darmstädtische Verordnung vom Jahr 1779[12]) die Beschädigung von Bäumen auf Privat- oder öffentlichen Grundstücken verpönt[13]). Eine ähnliche Ver-

---

strafte. Siehe auch noch: Rechtsgutachten und Entscheidungen des heidelberger Spruchcollegiums Th. 1. 1808. S. 33 flg.

9) Ueber die grausamen Strafen, womit im Mittelalter der Baumfrevel geahndet wurde, siehe Lersner, Chronik der freien Reichsstadt Frankfurt a. M., Frankfurt 1706. S. 468. Stieß er, Forst- und Jagdhistorie der Teutschen, Jena 1737, neu aufgelegt von H. G. Franken, Leipzig 1754. S. 475. Man soll ihm den Nabel und den Bauch aufschneiden, einen Darm daraus thun, denselben nageln an einen Stamm und mit ihm um den Baum herumgehen, so lang, bis alle seine Gedärme aus dem Bauch gewunden sind. Vergl. noch Estor, bürgerliche Rechtsgelahrtheit der Teutschen. Th. 1. Marburg 1757. §. 1747: Wie die Frevler an den Bäumen zu bestrafen sind, und Arloichs, das grausame büthener Recht im Lande Lauenburg und Bütow. Nebst einer vorläufigen Abhandlung von Bestrafung der Bienendiebe und Baumschäler und neueren, fürnämlich teutschen Gesetzen, besonders von einigen ganz außerordentlich grausamen, auf solche Verbrechen, auch auf andere mäßige Vergehen ehemals gesetzten unmäßigen Strafen. Berlin 1792.

10) Apel, leges in delicto circa arbores. Lips. 1796. Haubold, Lehrbuch des königl. sächs. Privatr. §. 302.

11) Gerstlacher, Sammlung aller baden-durlachischen Verordnungen, Band 3. 1774. S. 404—409.

12) In Anwendung dieser Verordnung wurde im Jahre 1831 vom großherzogl. Hofgerichte zu Gießen ein Bauer, welcher aus Groll den größten Theil der eine ansehnliche Baumschule eines anderen Landmannes bildenden jungen Bäume zusammenhieb oder wesentlich beschädigte, in eine Zuchthausstrafe von anderthalb Jahren (sowie zum Ersatz des Schadens) verurtheilt. Siehe Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kurfürstenthums und Großherzogthums Hessen, Band 1. Darmstadt 1834. S. 198—204. Rechtsfall, die Bestrafung einer muthwilligen Beschädigung von Obstbäumen betr.

13) Bopp, der hessische Rechtsfreund, Darmstadt 1837. s. v. Bäume, Beschädigung derselben 2c. S. 76 flg. Nach einer Verordnung vom J. 1797 soll, wenn der Frevler nicht entdeckt wird, die Gemeinde durch Beiträge der Einzelnen den Ersatz leisten.

ordnung wurde im Jahr 1790 im Herzogthum Braunschweig erlassen [14]). Im Jahre 1808 wurde, nachdem eine frühere Verordnung vom Jahr 1749 die Beschädigung einer gewissen Art von Bäumen mit empfindlicher Strafe bedroht hatte, für das Königreich Würtemberg ein umfassendes strenges Gesetz über die Bestrafung der muthwillig oder in böser Absicht handelnden Baumverderber erlassen [15]). Nach einem herzoglich-nassau'schen Edicte vom Jahre 1816, welches zugleich verfügt, daß bei absichtlichen Feldbeschädigungen der Beschädigte binnen 48 Stunden aus der Casse der Gemeinde, in deren Gemarkung der Schaden zugefügt wurde, entschädigt werden solle, ist das Ausreißen, Schälen und Zerschneiden der Bäume als Feldfrevel anzusehen und zu bestrafen. Das Werfen mit Steinen und dergl. in fremde Bäume, wodurch die Tragäste beschädigt werden, wird mit einer Polizeistrafe von 30 Kr., nebst 24 Kr. Anbringgeld bestraft [16]). Die Statuten der Herzogthümer Schleswig und Holstein bestrafen die Beschädigung von Befriedigungen, Bäumen, Feldfrüchten, Ackergeräth u. s. w. und zwar gewöhnlich mit Geld. Besonders strafbar erscheint das zuweilen aus Rachsucht hervorgehende Tödten fremden Viehes [17]).

Umfassende Strafgesetzgebungen haben sich bestrebt, den Gegenstand seiner Natur nach zu erschöpfen. Das preußische Landrecht spricht sich Th. 2. Tit. 20. Abschnitt 14: Von Beschädigung des Vermögens überhaupt und von Entwendung insonderheit §. 1105—1107 dahin aus: Niemand soll, ohne Recht, den Anderen an seinem Eigenthume oder Vermögen beschädigen. Wer dieses thut, der soll, außer dem Schadenersatze, je nachdem die Beschädigung aus Fahrlässigkeit oder vorsätzlich, in der Absicht, sich zu bereichern, oder aus Bosheit, Rache oder Muthwillen zugefügt worden, verhältnißmäßige Strafe leiden. Beschädigungen aus Fahrlässigkeit ziehen, außer dem Schadenersatze, zugleich Strafe nach sich, wenn der Beschädiger dabei gegen ein ausdrückliches Polizeigesetz gehandelt hat. Dasselbe verordnet im Abschnitt 16: Von Beschädigung des Vermögens aus Rache, Bosheit und Muthwillen im Wesentlichen: Wer aus solchem Motive solchen Schaden zufügt, soll, unter Verbindlichkeit zu dessen Ersatz, Strafe leiden, je nach dem Grade der Schuld, des Schadens u. s. w. Beschädigung durch Muthwillen soll polizeilich durch körperliche Züchtigung, Strafarbeit oder Gefängniß, je

---

14) Liebhaber, Einleitung in das herzogl. braunschw. Landrecht, Th. 1. Braunschweig 1791. S. 92.

15) Wächter a. a. O. 364. Knapp, das würtembergische Criminalrecht, Abth. 2. Stuttgart 1829. S. 288, wo dieses Gesetz mitgetheilt ist.

16) v. Meer, Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Herzogthums Nassau, Wiesbaden 1838. S. 128, 129, 174.

17) Hitzig, Annalen Band 13. S. 18. — Ueber ein großherzogl. sachsen-weimar'sches Gesetz v. J. 1821, über Beschädigung von Waldbäumen aus Muthwillen und Bosheit, siehe neues Archiv des Criminalrechtes, Band 6. S. 8.

nach dem Alter und Stand des Schuldigen, geahndet werden. Bei Erheblichkeit des Schadens soll Gefängniß oder Zuchthaus von vier Wochen bis zu zwei Jahren zuerkannt werden. Beschädigung aus Bosheit oder Rache soll ceteris paribus Festungs- oder Zuchthausstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren zur Folge haben. War unversöhnliche Feindschaft der Beweggrund, so soll der Schuldige nach ausgestandener Strafe nach Umständen aus dem Wohnorte des Beschädigten verwiesen werden[18]). Das französische Strafgesetzbuch (Code pénal) handelt in einem besonderen Abschnitt, der die Art. 434—462 umfaßt, von den Verwüstungen, Zerstörungen, Beschädigungen und droht, besonders wenn Bosheit thätig war, selbst die Todesstrafe. Als Gegenstände bezeichnet dieses Gesetzbuch besonders Häuser, Seeschiffe, Kähne, Vorrathsgebäude, Bauhöfe, Wälder, Holzschläge, auf dem Halm stehende oder abgemähte Ernten, Dämme, Straßen, Acten, sonstige Urkunden, Nahrungsmittel, einzelne Bäume u. s. w.[19]). Das österreichische Strafgesetzbuch bestraft (§. 74) die boshafte Beschädigung fremden Eigenthumes, ohne Rücksicht auf den verursachten Schaden, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahre[20]). Das bayer'sche Strafgesetzbuch[21]) handelt in dem Capitel, welches die Beeinträchtigung des Eigenthumes durch Entwendung und Unterschlagung betrifft, zugleich (in dem Art. 383—385) von dieser Beeinträchtigung durch vorsätzliche rechtswidrige Zerstörung oder Beschädigung und

---

18) Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, neue Ausgabe Th. 2. Band 2. Berlin 1817. S. 642, 643, 695, 696. Frühere Gesetzg. bei Mylius, corpus constit. March. tom. II. sect. 3. p. 118. 119. Vergl. noch Hitzig, Zeitschr. f. d. Criminalrechtspflege in den preußischen Staaten, Band 1. Berlin 1825. S. 105 flg. Ansichten über die bestehenden Strafgesetze.

19) Strafcodex für das französische Reich, übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Hundrich, Magdeburg 1811. S. 175—184. Vergl. auch noch allgem. Justiz-, Cameral- und Polizeifama v. J. 1830. Nr. 70, 71. S. 281 bis 284. Ueber Eigenthumsbeschädigung durch freiwilliges Beschädigen und die deßfallsige Lücke in dem Strafgesetzbuche Frankreichs.

20) Diese Strafe ist wohl zu hart, wenn der Schaden sehr unbedeutend ist. S. Archiv des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrg. 1836. Nr. XXIII. Kitka, soll der Richter in einem Criminalcodex ermächtigt werden, bei besonderen Milderungsumständen selbst unter das Minimum der auf das Verbrechen gesetzlich bestimmten Strafe herabzugehen? (S. 624—647.) S. 338. Vergl. noch Scheidlein, Handbuch des österreichischen Privatrechtes, Th. 2. 1814. S. 642. §. 1324. und Zeiller, Commentar, Band 3. Abth. 2. 1812. S. 757—760, sowie Wagner, Zeitschrift für die österreichische Rechtswissenschaft ꝛc. Jahrg. 1826. Bd. 3. S. 192.

21) Nach dem Kleinschrod'schen Entwurfe sollte die böswillige und widerrechtliche Beschädigung fremden Eigenthumes blos civilrechtliche Folgen (Entschädigung) haben, und nur nach Umständen auf eine Polizeistrafe zu erkennen sein. Kleinschrod, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalz-bayer'schen Staaten, München 1802. S. 178, 179. — Ueber die dem bayerschen Strafgesetzbuche nachgebildete Gesetzgebung in Oldenburg siehe Strafgesetzbuch für die herzoglich oldenburgischen Lande von 1814. Neuer unveränderter Abdruck mit Einschaltung der bis Ende 1836 ergangenen neueren Bestimmungen, Oldenburg 1837. S. 136, 150—152, 174, 175.

normirt die Strafe (Geld- und Freiheitsstrafe, nach Umständen körperliche Züchtigung) besonders nach der Größe des Schadens und der Schuld, oder nach der Natur des Gegenstandes (denn härter soll der bestraft werden, welcher Fruchtbäume, Früchte auf dem Felde oder in Gärten, die zum Landbau oder zur Viehzucht gehörenden Thiere, Pflüge und andere Werkzeuge des Landbaues, Einfriedigungen u. s. w. beschädigt oder zerstört)[22]). Auch das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838 verpönt in den Art. 288—292[23]) die Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigenthumes, oder die Beschädigung oder Tödtung fremden Viehes aus Bosheit oder Muthwillen. Es soll, unter Berücksichtigung der Beweggründe der That und des verursachten Schadens, auf eine Gefängnißstrafe bis zu einem Jahr oder Arbeitsstrafe bis zu sechs Jahren erkannt werden. (Insofern die Gefängnißstrafe die Dauer von zwei Monaten nicht übersteigt, kann nicht verhältnißmäßige Geldbuße erkannt werden.) Ist der Frevel an Kirchen oder Bethäusern, an zu öffentlichem Gebrauche dienenden Bauwerken[24]), öffentlichen Denkmälern und Sammlungen für Wissenschaft und Kunst, Friedhöfen, Gräbern oder Grabmälern verübt worden, so ist bei bloßem Muthwillen auf Gefängniß bis zu zwei Jahren oder Arbeitshaus bis zu sechs Jahren, bei Bosheit auf Arbeits- oder Zuchthaus zweiten Grades bis zu 6 Jahren zu erkennen. Als besonders beschwerend gilt der Frevel an Vieh auf der Weide, im Pferch oder im Triebe, an Bienenstöcken, landwirthschaftlichen Geräthschaften im Freien, Hof-, Garten- und anderen Befriedigungen, an Bleichstücken, Feld- oder Gartenfrüchten und anderen Gegenständen, welche, ohne besondere Verwahrung, der öffentlichen Sicherheit anvertraut werden müssen. In einem besonderen Artikel (Art. 291) wird der Baumfrevel hervorgehoben, indem sich darin die Bestimmung findet, daß die, welche aus Bosheit oder Muthwillen Frucht- und andere Bäume, Weinstöcke, Sträucher oder Holzpflanzungen beschädigen oder zerstören, oder die bei Bäumen, Weinstöcken und Anpflanzungen angebrachten Pfähle und andere Befestigungs- und Sicherungsmittel umreißen oder beschädigen, gleichfalls nach der Größe des Schadens und der Böswilligkeit mit Gefängniß bis zu Arbeitshaus von zwei Jahren zu bestrafen seien[25]).

Bopp.

---

22) Der Artikel 350, der von der Beschädigung öffentlichen Eigenthumes handelt, läßt auch die Eigenschaft des Gegenstandes als öffentliches Eigenthum als strafschärfend erscheinen.

23) Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838. Mit Anmerkungen vom Groß, Dresden 1838. S. 85, 86. Das neue Criminalgesetzbuch Sachsens mit Erläuterungen ꝛc., bearbeitet von einem practischen Rechtsgelehrten, Leipzig 1838. S. 193—196.

24) Hierunter sind auch Kunststraßen, besonders Eisenbahnen verstanden.

25) Wer den Thäter anzeigt, soll im Fall der Bestrafung aus dessen Vermögen eine Belohnung von 5 bis zu 10 Thalern erhalten (Art. 292), eine Bestimmung, welche schon im Mandate v. J. 1822 enthalten ist.

Beschwerde (gravamen, zuweilen auch querela), altteutsch Swer oder Swere, später Beschwer, ist Etwas, wodurch dasjenige, worauf es ruht, schwer oder schwerer wird, was dem Leistenden oder Schuldenden schwer fällt, was man deßhalb mit Widerwillen leistet oder duldet, daher auch ein körperliches Uebel, dann die Aeußerung der dadurch erregten unangenehmen Empfindungen in Worten [1]). So erklären sich die sämmtlichen Bedeutungen, unter welchen dieses Wort in juristischer Beziehung vorkommt, zumal man auch selbst die Handlung, wodurch Jemand beschwert wird, mit dem Worte Beschwerde, mehr noch Beschwerung belegt. Vor allen Dingen heißen daher die auf einem Grundstücke, oder auf der Qualität eines Staats- oder Communbürgers ruhenden Communal-, Staats- und Privatleistungen und Lasten, als Steuern, Frohnen, Schoß, Servituten, Ehrenämter, Abgaben aller Art u. s. w., im Allgemeinen Beschwerungen, besonders in der in den Kaufurkunden häufig sich findenden Formel: Mit allen Recht- und Gerechtigkeiten, Nutz- und Beschwerungen. In dieser Beziehung wird übrigens das Wort in sehr beschränkter Bedeutung gebraucht. Der, welcher z. B. für seine Person Befreiung von gemeinen Beschwerden (onera v. munera publica) erhalten hat, wird dadurch nicht frei von den auf seinen Grundstücken ruhenden Beschwerungen (onera patrimonialia v. realia); wer von den auf seinen Grundstücken ruhenden Beschwerungen befreit wird, erhält dadurch keine Befreiung von den bürgerlichen persönlichen Lasten, Ehrenämtern u. s. w.; wer von ordentlichen und außerordentlichen Beschwerden befreit ist, kann sich darum doch nicht den ganz ungewöhnlichen, durch die dringendste Nothwendigkeit hervorgerufenen Beschwerden entziehen. Daher die Practiker denen, welche dergleichen Privilegien erlangen — ein Fall, der in den jetzigen constitutionell-monarchischen Staaten wohl gar nicht, im autokratischen kaum noch vorkommen kann — anrathen, dahin zu wirken, daß möglichst einzeln die Befreiungen aufgezählt werden, daß es z. B. in der Urkunde statt: frei von allen gemeinen Beschwerden heiße: frei von allen gemeinen, sowohl Real-, als Personalbeschwerden [2]). Die Abneigung des Menschen gegen Uebernahme solcher Beschwerden läßt diese, wenn sie auch gleich auf dem gerechtesten Grunde ruhen, doch als eine Art von Ungerechtigkeit erscheinen, und so pflegt man mit dem Ausdrucke Beschwerde mehrentheils diesen Begriff zu verbinden. Daher nennt das Gesetz Modificationen, durch welche bei Aussetzung des Pflichttheiles, neben der Beschränkung des Erbtheils auf die Pflichttheilsumme, noch überdieß vom Testator die Benutzung des Pflichttheiles erschwert wird, gravamina

---

1) Adelung, Wörterbuch der hochteutschen Mundart unter dem Worte Beschwêr, Beschwerde.

2) Man vergl. über alles dieß L. 12. 13. u. 18. §. 24. D. de munerib. et honorib. (50. 4.) L. 11. D. de vacatione et excusatione. (50. 5.) C. 3. C. de munerib. patrim. (10. 41.) Berger, oeconomia iuris lib. I. tit. II. not. 10. Schilter, praxis iuris romani in foro germanico. exerc. 1. Nr. 22. in fine.

legitima [3]) — Beschwerden des Pflichttheiles. Erklärlich wird hieraus und aus Obigem auch, warum die dießfallsigen drei Klagen, neben dem Worte actio, zugleich und am häufigsten mit demjenigen Worte bezeichnet werden, was häufig eine Beschwerde des Körpers ꝛc. andeutet [4]): querela inofficiosi testamenti, nach deren Analogie die querela inofficiosae donationis und die querela inofficiosae dotis gebildet sind [5]), welchen die Praxis noch die querela inofficiosi vidualitii vel dotalitii beigegeben hat [6]), während unser gemeines Recht nur noch die querela non numeratae pecuniae [7]) und die von ihr abgeleitete querela non numeratae dotis [8]), ingleichen die querela nullitatis [9]) (s. w. u.), endlich später erst die querela protractae vel denegatae iustitiae (s. w. u.) kennt.

In allen diesen Fällen deutet das Wort Beschwerde (querela) die motivirte Aeußerung des durch die beschwerende Handlung hervorgebrachten nachtheiligen Sachverhältnisses, verbunden mit dem Antrage auf Abhilfe, an. In diesem Sinne findet sich auch das Wort Beschwerde (gravamen) in den völkerrechtlichen Verhältnissen. Treffen wir die ersten Spuren positiven Völkerrechtes überhaupt erst seit der Verminderung der päpstlichen Gewalt über die weltlichen Fürsten, also besonders seit der baseler Kirchenversammlung (1431) und seit dem zu Anfange des 16. Jahrhunderts lebhafter gewordenen Verkehr der europäischen Monarchen unter einander, so zeigt es sich, daß gerade die gegenseitig und von einzelnen Verletzten gegen Monarchen und deren Beamten und Unterthanen angebrachten Beschwerden, die dadurch hervorgerufenen Verhandlungen der Souveräns unter einander und die so entstandenen Staatsverträge das positive Völkerrecht hervorgeru-

---

3) C. 32. C. de inofficioso testam. (3. 28.) Ut, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur: ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur. Marezoll über die angebliche Legitima der Geschwister, ob und in wie fern eine solche wirklich im römischen Rechte existirt, in der Linde-Marezoll-v. Wening-Ingenheimischen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 1. Bd. 2. Heft. Nr. VII. S. 210.

4) Z. B. querela viscerum in Senec. nat. quaest. lib. III. cap. 1. in fine, dann: sine querela corpusculi tui Traian. in c. Plinii, Caecilii, Secundi epistol. lib. X. ep. 29.

5) Calvini lexicon iuridicum s. v. querela. Böhmer de actionibus sect. II. cap. III. §. 46. Schmidt, Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 554.

6) Glück, Pandectencommentar, 25. Th. §. 1243. Note 81. S. 328.

7) C. 4. u. 14. init. C. de non numer. pecun. (4. 30.) Lauterbach collegium theoretico-practicum lib. XII. tit. I. 56.

8) Glück a. a. O. §. 1239. S. 246.

9) C. 3. C. quo modo et quando. (7. 43.) L. 75. D. de iudic. (5. 1.) Man vergl. auch C. 12. Cod. Theod. de appellat. et poenis. (11. 30.) Röder, Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse, Bernburg 1831. S. 24.

fen haben[10]). Die völkerrechtlichen Beschwerden gegen einen Souverän, dessen Beamten oder Unterthanen, sind nun entweder Beschwerden eines Gesandten selbst, oder der Unterthanen des Hofes, der den Gesandten abgeordnet hat. Im ersten Falle wendet sich der Gesandte, wenn die Beschwerden unbedeutend und von dem Monarchen, von dem er abgeordnet ist, selbst veranlaßt worden sind, zunächst an die Minister des Letzteren und sucht Abhilfe; kommt er aber dadurch nicht zum Zwecke, so muß er die Sache seinem Hofe berichten, der dann auf diplomatischem Wege oder, wenn die Beschwerden sich mehren, auf dem Kriegswege die Angelegenheit weiter treibt. Dasselbe tritt ein, wenn die Beschwerden durch die Beamten oder Unterthanen des fraglichen Monarchen dem Gesandten zugefügt worden sind und dieser auf dem Ministerialwege und endlich sogar durch Anbringung der Beschwerde bei dem auswärtigen Souverän selbst nicht zum Zwecke gelangt. Sind sonstige Beamten des Hofes, der den Gesandten abgeordnet hat, in ihrer Qualität als Beamte von dem anderen Souverän, dessen Beamten oder Unterthanen beschwert worden, so müssen jene Beamten an ihre vorgesetzte Behörde deßhalb berichten und erwarten, ob diese ihnen aufgibt, die Sache auf sich beruhen zu lassen, oder sich an den bei dem anderen Hofe accreditirten eigenen Gesandten, oder an den bei dem Hofe der Beamten accreditirten Gesandten des auswärtigen Hofes zu wenden, oder ob, was das Gewöhnlichste ist, der Monarch der Beamten die Sache durch seinen Gesandten an dem jenseitigen Hofe einleiten läßt. Beschwerden der Unterthanen hingegen können entweder bei den Behörden des Staates, aus welchem die Beschwerde herrührt, oder bei der inländischen Gesandtschaft des auswärtigen Monarchen, oder bei dem von dem Souverän, dessen Unterthanen Erstere sind, am Hofe des auswärtigen Monarchen accreditirten Gesandten, oder endlich bei dem Monarchen der beschwerten Unterthanen selbst, Behufs diplomatischer Vermittlung, angebracht werden. Der am auswärtigen Hofe accreditirte Gesandte aber verfährt, sobald die Sache an ihn gelangt, immer so, wie oben für den Fall minder wichtiger Beschwerden angegeben wurde. Ueber die einem Gesandten oder den von diesem vertretenen Staatsbürgern in einem auswärtigen Staate von dem Gesandschaftspersonale dritter Souveräns zugefügten Beschwerden muß sich der beschwerte Gesandte an jenen Gesandten selbst und, kommt er da nicht zum Zwecke, an den Principal jener Gesandtschaft, also an den sie abordnenden Monarchen wenden. Sind aber die Beschwerden bedeutend, so darf kein Gesandter, Fälle wo Gefahr auf dem Verzuge ruht ausgenommen, ohne Instruction seines Hofes verfahren; ja er darf nicht einmal die ihm von dem jenseitigen Souverän angebotene Satisfaction annehmen, sondern er muß vor jedem Schritte erst an seinen Hof berichten. Die Anbringung der Beschwerden von Seiten eines Gesandten bei dem Ministerium des

---

10) Klüber, europäisches Völkerrecht, 1. Bd. Stuttgart 1821. §. 12. S. 31 flg.

auswärtigen Monarchen oder diesem selbst, geschieht entweder mündlich, oder schriftlich, aber stets in leidenschaftlosen, ruhigen und gehaltenen, der Würde des vertretenen Hofes nichts vergebenden, aber auch die Würde des auswärtigen Hofes berücksichtigenden Ausdrücken; außerdem sich der Gesandte schweren Verantwortungen aussetzen würde[11]). Ueberhaupt entscheiden in allen diesen Fällen die Grundsätze der äußeren Politik[12]) mehr, als die des strengen Rechtes. Zur Beförderung des Handels, besonders der Schifffahrt, und zu möglichster Beseitigung aller dießfallsigen Beschwerden sind besonders die Consulate, Handelsconsulate angeordnet[13]). Die Consuln haben übrigens auf Beschwerden in der Regel ebenso zu verfahren, wie die Gesandten.

Diesen völkerrechtlichen Normen analog ist das Verfahren im teutschen Staatsrechte, inwiefern von Beschwerden die Rede ist, welche von dem Souverän des einen teutschen Staates oder dessen Beamten und Unterthanen dem anderen teutschen Souverän, oder dessen Beamten und Unterthanen zugefügt werden. Während des Bestehens des Reichsverbandes nahmen, was das Reichsstaatsrecht anlangt, bei der bedeutenden Macht der Reichsgerichte und der noch nicht erlangten vollen Souveränetät der Reichsstände, die politischen Beschwerden der Reichsfürsten unter einander großentheils den Character prozessualischer Rechtshändel an, und nur hauptsächlich die Beschwerden gegen den Kaiser selbst und dessen Verwaltung, gegen die Wahlcapitulation, dann über streitige Auslegung teutscher Reichsabschiede und anderer Reichsgesetze, waren es, welche rein staatsrechtlich auf dem Reichstage ꝛc. verhandelt wurden[14]). Allein vorzügliche Aufmerksamkeit verdienten damals die Religionsbeschwerden (gravamina religionis). Sie waren theils Beschwerden der ganzen teutschen Nation gegen die Uebergriffe des Pabstes, theils Beschwerden evangelischer Unterthanen gegen ihre katholische Landesherren, denn der entgegengesetzte Fall mochte sehr selten vorkommen. Die ersteren hatten ihren Grund gewöhnlich darin, daß der Pabst sich die Entscheidung teutscher politischer und Rechtshändel, unter dem Vorwande dabei eintretender religiöser Rücksichten, gegen die teutschen Reichssatzungen und des Reiches Herkommen anmaßte. Diese Beschwerden wurden gewöhnlich an den Kaiser gebracht, um auf völkerrechtlichem Wege zur Erledigung zu kommen[15]). Die andere Art der Religionsbeschwerden

---

11) Ueber alles dieß siehe Johann Jacob Moser, Grundsätze des europäischen Völkerrechtes, Hanau 1750.

12) Weber, Grundzüge der Politik, Tübingen 1827. 2. Buch, S. 301 flg.

13) Ueber deren Entstehung, Verhältniß, Stellung u. s. w. handelt umständlich Mirus, das Seerecht und die Flußschifffahrt, 1. Bd. Leipzig 1838. S. 81 flg.

14) Struvii corpus iuris publici, Jenae 1738. cap. VI. §. 33. p. 144. cap. XXIV. §. 49. p. 927. cap. XXV. §. 4. p. 933 sq.

15) Struvius l. c. cap. XI. §. 13. p. 411. §. 16. p. 412. c. XXIX. §. 40. p. 1097.

aber gelangte auf dem Reichstage an das Corpus der evangelischen Reichsstände (Corpus statuum evangelicorum), welche nach Berathung darüber, wenn sie die Beschwerden gegründet fanden, den Kaiser und die Reichsstände um deren Remedur baten[16]). Nachdem durch den westphälischen Frieden alle dergleichen Bedrückungen untersagt worden waren, gingen die Religionsbeschwerden seitdem in der Regel in Verletzungen des westphälischen Friedens über und nahmen so einen reinern politischen Character an. Dennoch und obgleich durch den jüngsten Reichsabschied und die Wahlcapitulationen die Handhabung des westphälischen Friedens gegen dergleichen Beschwerungen auf das Ernsteste anbefohlen wurde, fanden diese Beschwerden doch in der Regel so wenig Abhilfe, daß sogar der ryswiker Friede den gegen die Vorschriften des westphälischen neu eingeführten Status quo der Religionsangelegenheiten sanctionirte: — eine reiche Quelle nachfolgender Religionsbeschwerden und die Hauptbeschwerde des Corpus evangelicorum selbst[17]). Die Sache ist auch unerledigt geblieben, bis nach Aufhebung des Reichsverbandes an die Stelle des Reichsstaatsrechtes das Bundesstaatsrecht trat. Ob die Bundesversammlung gleich in der Regel nur in den Streitigkeiten zwischen dem teutschen Bunde und den einzelnen Bundesgliedern, dann zwischen auswärtigen Mächten und den Bundesgliedern, ferner zwischen den Bundesgliedern unter einander und im Falle der Justizverweigerung oder Hemmung innerhalb eines Bundesstaates competent ist[18]), und obgleich die Bundesversammlung in diesem letzteren Falle blos die Beschwerde nach allgemeinen Grundsätzen und nach der Verfassung des fraglichen Landes, nicht aber die Rechtssache selbst zu prüfen und darauf zu verfügen hat[19]), so ist doch die Anzahl der Privatbeschwerden bei der Bundesversammlung immer so bedeutend, daß eine eigene sogenannte Reclamations- oder Eingabencommission, bestehend aus fünf Mitgliedern und jährlich drei Mal erneuert, für Prüfung, Vortrag und Begutachtung der Privateingaben fortwährend niedergesetzt ist[20]). Damit die Beschwerde über verweigerte oder gehemmte Justiz (querela protractae vel denegatae justitiae s. weiter unten) bei der Bundesversammlung angenommen werde, ist erfoderlich, daß in dem fraglichen Bundesstaate auf dem gesetzlichen Wege auch unmittelbar bei der höchsten Staatsregierung selbst fruchtlos die dießfallsige Beschwerde geführt und erst dann Recurs an die Bundesversammlung genommen worden sei, daß sodann in der Beschwerdeschrift an die Bundesversammlung dieß sowohl, als das Factum der verweigerten oder gehemm-

---

16) Struvius l. c. cap. XXIX. §. 29. p. 1081.

17) Pütter elementa iuris publici, Göttingae 1766. lib. IX. cap. III. per tot. §. 623—633.

18) Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes, Frankf. a. M. 1837. §. 118 u. 119.

19) Ebendaselbst §. 119. Note n.

20) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes, 3. Aufl. Frankf. a. M. 1831. §. 153. besonders Note c.

ten Rechtspflege und wie solche nach den Gesetzen und der Verfassung des Landes nicht zu rechtfertigen sei, nachgewiesen werde [21]). Die Bundesversammlung aber hat, wenn sie nach erfolgter Prüfung die Beschwerde gegründet findet, die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken [22]), welches auch auf Mißbräuche im sogenannten Administrativjustizwege auszudehnen ist [23]). Eine Beschwerde ganz eigener Art ist noch in der Praxis des teutschen Bundes vorgekommen, nämlich der Recurs eines Bundesgenossen an die Gesammtheit der Bundesglieder wider einen Beschluß der Bundesversammlung, weil dadurch die Wirkungsbefugniß der Bundesversammlung, die festgesetzte Förmlichkeit des Verfahrens, oder das allgemeine Gebot der Gerechtigkeit überschritten worden und so eine allen Bundesgenossen gemeinsame Beschwerde (gravamen commune s. weiter unten) veranlaßt worden sei. Ob dieser in den Bundesgesetzen nicht ausdrücklich gestattete Recurs doch aus allgemeinen Principien für statthaft zu achten sei, ist streitig [24]) Uebrigens muß bei jeder Beschwerde gegen Bundesglieder vor allen Dingen die Competenz der Bundesversammlung in der Sache nachgewiesen werden. Schließlich ist noch zu bemerken, daß, wenn Unterthanen des teutschen Bundes die Verwendung des Letzteren für sie bei einer auswärtigen Regierung wegen eben dieser weiteren Beschwerungen u. s. w. wünschen, sie sich deßhalb nicht unmittelbar, sondern durch ihren Landesherrn an die Bundesversammlung zu wenden haben [25]). Die Behauptung, daß bei Verletzung des Rechtszustandes jeder Art, nicht nur Bundesglieder gegen einander Beschwerde bei der Bundesversammlung führen, sondern auch Landstände und Unterthanen mittelst Beschwerdeführung gegen Bedrückung, Verletzung der Verfassung oder Mißbrauch der Staatsgewalt ꝛc., Recurs an die Bundesversammlung nehmen könnten [26]), möchte im Effect sich schwerlich bewähren.

Im teutschen Territorialstaatsrecht sind es die landständischen Beschwerden, welche hier vorzüglich in Betracht kommen. Da wo Feudalstände waren und noch sind, verstand und versteht man unter Landesbeschwerden, Landesgravamina, nicht nur Beschwerden der Landschaft über einzelne Handlungen der Regierung oder einzelner Beamten, sondern überhaupt alle auf Veränderung und Verbesserung der Landesverfassung und Landesverwaltung gerichteten Anträge der Landschaft. Daher hießen sie auch in einigen Landen Landesgravamina und Desideria. Sofort nach Eröffnung des Landtages und Publication der Landtagspropositionen wurden diese Landesbeschwerden gesammelt und in einer besondern Schrift, un-

---

21) Wiener Schlußacte von 1820. Art. 29.
22) Ebendas. §. 169.
23) Klüber a. a. O. Note k.
24) Ebendas. §. 117. Nr. VI. und Note d.
25) Ebendas. §. 218.
26) Ebendas. §. 217.

abhängig von der sogenannten Hauptschrift, der Erklärung über die Propositionen, der Staatsregierung überreicht, welche sich darauf gleichfalls in einem besonderen Erlasse — resolutiones gravaminum — erklärte. Jetzt hingegen sind in den teutschen Bundesstaaten mit Repräsentativverfassung Beschwerden der Landstände solche Beschwerden, welche von den Kammern wegen nachtheiliger Verfügungen der Staatsbeamten, insonderheit wegen Verordnungen der Regierung, bei deren Erlassung das landständische Zustimmungsrecht angeblich gekränkt wurde, bei dem Staatsministerium erhoben werden [27]). Sie kommen in der Regel gegen solche Beamten vor, gegen welche die Kammern das Anklagerecht nicht haben [28]), also nicht gegen Minister; jedoch auch gegen diese, theils wenn der Weg der Anklage nicht räthlich scheint [29]), theils als Versuch zu Vermeidung förmlicher Ministeranklage, vor derselben, um dadurch vielleicht, ohne solche ergreifen zu müssen, Abhilfe der nachtheiligen Maßregeln zu erlangen [30]).

Nach Allem diesen wird man sich die Eintheilung der Beschwerden in religiöse und politische, die man häufig in den Lehrbüchern findet, erklären. Beschwerden können übrigens bei allen Behörden stufenweise bis zur obersten angebracht werden; ja es ist sogar, wie wir oben (S. 30) gesehen haben, bei dem Bundestage und, nach mehreren landschaftlichen Verfassungen, auch in diesen Vorschrift, daß sie nicht eher bei letzterwähnten beiden Behörden vorgenommen werden, als bis sie auf jener Stufenleiter bis zur höchsten Instanz, wiewohl ohne Erfolg, gelangt sind [31]). Dann aber steht es, diejenigen Beschwerden betreffend, welche solchergestalt zu landständischen geworden sind, häufig nach den Constitutionen [32]) dem Monarchen frei, entweder der Beschwerde sofort selbst abzuhelfen, oder die Sache zur Entscheidung an die Justizbehörde zu geben. Die politischen Beschwerden sind

---

27) v. Rotteck und Welcker, Staatslexikon, 2. Bd. 4. Lief. u. d. W. Beschwerde S. 482.

28) Siehe z. B. Constitution des Königreichs Bayern vom 1. Mai 1808 10. Tit. §. 5. Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen §. 140. Ein Verzeichniß der Constitutionen, in denen dieß enthalten ist, findet sich in der in Note 30 angezogenen Schrift: Ministerverantwortlichkeit S. 158. Note *). Eine Würdigung der kurhessischen Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831 §. 99 in dieser Beziehung findet sich in dem erwähnten Werke S. 233 flg., vorzüglich aber in Friedrich Murhard, die kurhessische Verfassungsurk. 2. Bd. 10. Lief. Cassel 1834. S. 439. Man vergl. auch Pfeiffer in Alex. Müller's Archiv für die neueste Gesetzgebung 5. Bd. 2. Heft, Frankf. a.M. 1834. S. 230.

29) Mittermaier bei v. Rotteck u. Welcker a. a. O.

30) (Buddeus), die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, Leipzig 1833. Abschn. 43. S. 68 flg. Pfeiffer, practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, 3. Bd. Hannover 1831. Nr. X. S. 379 flg.

31) Z. B. in der königl. sächsischen §. 36, in der herzogl. coburg-saalfeldischen vom 8. August 1821. §. 178.

32) Z. B. nach der königl. sächs. §. 140. Man vergl. darüber die angezogene Schrift: Ministerverantwortlichkeit Abschn. 128. S. 259.

nun entweder Administrativ- oder Justizbeschwerden. Diese letzteren, also der Umstand, daß der Beschwerdeführer sich in seinem Rechte direct oder indirect gekränkt findet, sind der Grund aller Rechtsmittel[33]), und diese Rechtsmittel haben keinen Zweck, als die Hebung der Beschwerden[34]). Sie sind aber entweder eigentliche Rechtsmittel (remedia adversus sententias), oder einfache, simple Beschwerden gegen den Richter (simplices querelae)[35]). Rücksichtlich aller Beschwerden darf nicht übersehen werden, daß der vorige Richter die durch Definitivurtheile zugefügten nicht selbst heben kann, außer durch Declaration, wenn sein Erkenntniß mißverstanden würde, dann noch am Tage der Publication des Urtheiles rücksichtlich der Nebenpunkte des Erkenntnisses, wenn die Entscheidung derselben aus der Hauptsentenz fließt, daß die Gegenpartei selbst durch Verzicht auf den angefochtenen Punkt des Urtheiles und endlich der Oberrichter durch Resolution auf Einwendung des Rechtsmittels den Beschwerden abhelfen kann. In allen diesen Fällen geht die Sache bei dem vorigen Richter fort und der Gegentheil braucht es sich nicht gefallen zu lassen, daß sie an die folgende Instanz gebracht werde[36]). Eine Art der eigentlichen Rechtsmittel, und zwar der außerordentlichen Rechtsmittel, wird aber selbst mit dem Namen Beschwerde belegt. Dieß ist die Nichtigkeitsbeschwerde (querela nullitatis). Darüber siehe den Art. Nichtigkeit[37]). Nur das Einzige ist am gegenwärtigen Orte zu bemerken, daß, besonders nach den Grundsätzen der älteren Prozessualisten, in jeder Nichtigkeit eine Beschwerde in dem nachstehend anzugebenden Sinne (gravamen) liege[38]).

Bei der Behandlung der Rechtsmittel bedeutet das Wort Beschwerde (gravamen) so viel als Beschwerdepunkt, d. i. derjenige Theil eines Erkenntnisses, durch welchen die gravaminirende Partei sich für beschwert erachtet und auf dessen Abänderung sie anträgt[39]). Ist die Partei durch das ganze Erkenntniß beschwert, so bildet das ganze Erkenntniß die Beschwerde, obgleich man dann doch gewöhnlich dasselbe in mehrere, mindestens zwei Puncte (gravamina) zertheilt, so daß man wenigstens die Hauptsache als eine besondere Beschwerde und den

---

33) Bieneri systema processus iudiciarii, ed. Siebdrat-Krug. tom. II. Berol. et Lips. 1830. §. 172. 175. Deltze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis, Jena 1800. §. 292. S. 451. Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, Bonn 1831. §. 381.

34) Linde a. a. O. §. 401. Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses (Ausg. Gönner's), Stuttgart 1821. §. 418.

35) Danz a. a. O. §. 404. v. Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses, 1. Bd. Nr. VI. §. 9.

36) Danz a. a. O. §. 418.

37) Röder, oben angezogene Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozesse, Bernburg 1841.

38) Man vergl. darüber Linde, Handbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 4. Bd. Gießen 1831. §. 141. S. 552. und die dort allegirten Schriftsteller.

39) v. Rotteck und Welcker a. a. O.

Kostenpunkt wieder besonders behandelt. Wohl zu unterscheiden ist aber die Beschwerde selbst von der Beschwerdeausführung (deductio gravaminum), d. i. Angabe der Gründe, auf welchen die Beschwerde ruht [40]). Diese Deduction liegt im Interesse der beschwerten Partei, zuweilen ist sie aber auch vorgeschrieben. Dieß ist vorzüglich z. B. in der ältern bayer'schen Gesetzgebung für summarische Sachen in der Maße geschehen, daß, weil Interposition und Introduction der Appellation nicht, wie im Ordinarprozesse, getrennt sind, mit der Einlegung des Rechtsmittels zugleich die Ausführung der Beschwerden erfolgen mußte [41]). Eine ähnliche Verordnung enthalten die herzoglich altenburgischen Gesetze [42]). Es hat diese Disposition wohl einen historischen Grund darin, daß nach römischem Rechte blos von einem Definitiverkenntniß appellirt werden durfte, das canonische Recht aber die Appellation anfangs blos von solchen Beiurtheilen, deren Beschwerde durch die nachfolgende Definitivsentenz nicht erledigt werden kann (sententiae interlocutoriae, quae vim definitivae habent), späterhin überhaupt von allen wichtigen Beiurtheilen erlaubte, aber dabei die Ausführung der causa appellationis zur Pflicht machte [43]). Die erwähnte Disposition erscheint aber auch als vollkommen zweckmäßig da, wo es, wie bei bloßen Provocationen, bei Beiurtheilen und in summarischen Sachen, nur solche Beschwerden gilt, die nicht eine weitläufige Untersuchung erfodern (gravamina repentina) [44]). Die älteren Practiker meinen jedoch, daß auch immer in denjenigen Fällen, wo z. B. die Appellation in der Regel verboten ist und sie gegen die Form des gemeinen Rechtes eingewendet wird, es nicht nur rathsam sei, die Gründe der Beschwerden bei Einwendung des Rechtsmittels anzuzeigen (expressio causarum gravaminis), sondern daß auch anders nicht selbst eine appellatio a definitiva anzunehmen sei [45]). Allein die meisten Particulargesetze fodern, daß bei jeder Einlegung eines Rechtsmittels wenigstens einige Beschwerden angegeben werden, damit der Richter darüber, ob die Appellation anzunehmen sei oder nicht, urtheilen könne [46]); in manchen Particulargesetzen wird sogar die Angabe aller

---

40) Kind, quaest. for. tom. III. cap. 84. not. h. p. 362 sq.

41) Linde, Beitrag zu der Lehre von den Wirkungen der Appellation (über die Nothwendigkeit der bestimmten Angabe der Appellationsbeschwerden) in der schon angezogenen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 9. Bd. 3. H. Gießen 1836. Nr. X. S. 343.

42) Gesetz über den unbestimmten summarischen Prozeß, d. d. Altenburg 7. April 1823. §. 159.

43) C. 10. X. de appellationibus. (2. 28.) C. 1. de appellat. in VIto (2. 15.) Biener l. c. §. 187. not. 4. Knorr, Anleitung zum gerichtlichen Prozesse, Halle 1777. 26. Hauptst. §. 3 u. 4. Linde, im Lehrbuche §. 412.

44) Oelze a. a. O. §. 294. Nr. 3. S. 456.

45) Besoldus de appellationibus, Tubingae 1608. cap. VIII. §. III. p. 256.

46) Ein Verzeichniß der Gesetzgebungen aus den Landen sächsischen Rechtes, wo dieses erfodert wird, siehe bei Kori, Theorie des sächsischen bürgerli-

Beschwerden erfodert[47]). Gemeinrechtlich ist dieß nicht der Fall, es entstehen aber aus der Angabe einzelner Beschwerden mehrere nicht unbedeutende Controversen, namentlich die, inwiefern in dem Aufstellen bestimmter einzelner Beschwerden ein Verzicht auf das Rechtsmittel gegen diejenigen Punkte des Erkenntnisses liege, die weder direct noch indirect durch die speciell gemachten Beschwerden zur Sprache gebracht worden sind, und inwiefern durch die Beschränkung der Beschwerden des Appellanten auf bestimmte Punkte des Urtheiles daraus nun auch dem Appellaten gegenüber das Urtheil in allen übrigen Puncten als nicht suspendirt und devolvirt zu betrachten ist[48]). In der Regel wird angenommen, daß die Prüfung des Richters höherer Instanz — als worin dessen Pflicht rücksichtlich aller angebrachten Beschwerden liegt[49]) — sich blos auf die ausdrücklich angegebenen Beschwerden erstreckt und daß das Urtheil in allen übrigen Theilen die Rechtskraft beschreitet[50]). Daher wird von ausgezeichneten Rechtslehrern[51]) verlangt, daß, mindestens nach sächsischem Rechte, der Beschwerte bei Einwendung des Rechtsmittels sich ausdrücklich das Recht vorbehalten müsse, außer den in der Einwendungsschedul angeführten Beschwerden auch noch andere ausführen zu können. In der Regel kann durch eine zukünftige Beschwerde (gravamen futurum vel gr. de futuro) kein Rechtsmittel begründet werden. Dieß ist nämlich eine solche Beschwerde, von der es noch ungewiß ist, ob sie je existiren werde. Anders ist es rücksichtlich einer späterhin eintretenden Beschwerde (gravamen successivum), d. i. einer solchen, deren dereinstige Existenz, obgleich die nachtheiligen Einflüsse derselben nicht im Moment der Einwendung vorhanden sind, doch ganz bestimmt vorauszusehen ist (gr. successivum, quod habet causam continuam)[52]). Einer vorzüglichen Berücksichtigung ist noch die gemeinschaftliche Beschwerde (gravamen commune), in einem andern, als dem obigen bundesstaatsrechtlichen Sinne (S. 31), zu würdigen, d. i. das Zusammentreffen der Unzufriedenheit beider streitenden Theile mit dem nämlichen Punkte eines Erkenntnisses[53]). Es wird dadurch die Ad-

---

chen Prozesses, Jena 1822. §. 145. Note 1. Man vergl. auch Biener l. c. §. 175. Linde im angef. Lehrbuche §. 388. Note 4. Derselbe in der Abhandlung zu der Lehre von den Verfügungen des Appellationsrichters, insbesondere von Relevanzbescheiden und Ordinationen, in der erwähnten Zeitschrift für Civilr. u. Proz. 10. Bd. 3. Heft, Nr. IX. S. 330 flg.

47) Kori a. a. O. §. 162. besonders Note 2 und §. 176.

48) Umständlich abgehandelt in der oben Note 41 angezogenen Linde'schen Abhandlung S. 313 flg.

49) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 55 u. 265.

50) Martin a. a. O. §. 265 und Note d.

51) Z. B. Kind quaest. forens. tom. III. cap. 84. p. 363.

52) Besold l. c. p. 253. Stryk usus mod. π. lib. 48. tit. 1. §.12. Biener l. c. §. 187. not. 2.

53) Gensler, Commentar über Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt, 2. Bd. Heidelberg 1825. §. 265. S. 120 flg.

häsion des einen Theils an dasjenige Rechtsmittel des andern begründet, wodurch dieser das Erkenntniß angreift. Dieses Verhältniß gibt zu mehreren hierher jedoch nicht gehörigen Streitfragen Veranlassung (m. s. d. Art. Adhäsion). Verschieden von gemeinschaftlichen Beschwerden sind gleiche und connexe Beschwerden, wovon die ersteren, im Gegensatze von gemeinschaftlichen Beschwerden, solche sind, welche einerlei Grund und Absicht, aber zum Gegenstande nicht denselben Punkt des Erkenntnisses haben, während man unter connexen Beschwerden diejenigen versteht, welche in einer solchen Verbindung mit einander sind, daß eine ohne die andere gar nicht, oder doch nicht füglich entschieden werden kann [54]). Sind die Beschwerden beider Parteien gleich und connex und die eine Partei hat ein Devolutiv-, die andere ein Suspensivrechtsmittel eingewendet, so wird von ersterem das letztere an sich gezogen [55]).

Die einfachen Beschwerden, deren wir oben gedachten, betreffen: 1) verweigerte oder verzögerte Justiz; 2) Beschlüsse des Richters in unstreitigen Rechtssachen, wenn diese nicht durch den Widerspruch einer dritten Person zu streitigen Rechtssachen werden; 3) bloße, einer Rechtskraft nicht fähige Decrete und sonstiges ordnungs- und gesetzwidriges Benehmen des Richters; 4) Entschädigung einer beschädigten Partei [56]). Wie rücksichtlich der Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz (d. i. der Beschwerde gegen einen Richter, welcher in einer Rechtssache die Gerechtigkeit entweder gar nicht verwaltet, oder doch langsamer, als es sich gebührt), wenn diese Beschwerde an den Bundestag gebracht wird, zu verfahren ist, dieß haben wir schon oben (S. 30 flg.) gezeigt. Obgleich die beiden Justizgebrechen, Verweigerung und Verzögerung der Justiz, sehr nahe mit einander verwandt sind, so hält man sie doch in mancher Hinsicht, namentlich darin für verschieden, daß Verzögerung der Justiz nach der gewöhnlichen Meinung in einem blos passiven Benehmen des Richters besteht, Verweigerung hingegen eine förmliche Thätigkeit desselben voraussetzt. Wir können jedoch nicht unbemerkt lassen, daß Verzögerung der Justiz auch activ durch den Richter verschuldet werden kann, wenn er, statt des gesetzlichen kürzern, einen weitläufigern Weg, vielleicht sogar gegen die Gesetze, einschlägt. Beide können den Richter als parteiisch darstellen und daher die Recusation des Richters, die Perhorrescenz desselben und das Erbieten zum Perhorrescenzeide (s. d. Art.) zur Folge haben; in der Regel aber bedient man sich blos einer Beschwerde bei der höhern Behörde mit der Bitte um Anweisung und Anhaltung des Richters zur Justizadministration oder bezüglich Beförderung der Sache. Da im Prozeßgange ein Ueberspringen

---

54) Krug, encyklopädisch-philosophisches Lexikon u. d. W. gleich. Glück a. a. O. 1. Th. §. 36. S. 259. 11. Th. §. 752. S. 309.

55) Martin a. a. O. §. 265. und Gensler dazu a. a. O. 2. Bd. S. 123.

56) Danz a. a. O. §. 407. v. Gönner im angez. Handbuch, 3. Bd. Nr. LXVII. S. 518 flg.

der nächsten Instanz nicht gestattet ist, so ist eine solche Beschwerde gewöhnlich bei ihr anzubringen, und zwar nach den Reichsgesetzen nach Verlauf eines Monates; doch kann es in solchen Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, auch früher geschehen. Allein es hindert auch, wenn nicht specielle Landesgesetze ein Anderes vorschreiben, nichts den Beschwerten, sich deßhalb unmittelbar an den Landesherrn zu wenden, es sei der beschwerende Richter eine Unter- oder Oberinstanz. Denn da es hier nicht einem Act der richterlichen Reflexion gilt, sondern eine sofortige Thätigkeit der Staatsgewalt wirken kann, so steht nichts dem Landesherrn entgegen, daß er, vermöge des ihm zustehenden Oberaufsichtsrechtes, einschreite; aber er darf dabei nicht in der Eigenschaft eines Justizhofes handeln, nicht in die Materialien des Prozesses selbst eingreifen und so Cabinetsjustiz exerciren. Uebel ist es freilich, wenn die Justizversagung oder Verzögerung ein Ausfluß der Cabinetsjustiz selbst ist. Indeß muß dann doch nach Obigem (S. 30) die Beschwerde bis zum Landesherrn gesteigert und kann nur erst dann, wenn sie erfolglos blieb, an den Bundestag gebracht werden. Der Beschwerte muß die Verweigerung und Verzögerung bei Anbringung seiner Beschwerde in der Regel sogleich beweisen, — ein oft sehr schwieriger Beweis, zumal wenn das beschwerende Factum im Nichtsthun besteht. Indeß wird der Beweis — welcher darum dem Beschwerdeführer obliegt, weil er sich dabei auf eine Thatsache beruft, der noch dazu die Präsumtion für die richterliche Legalität entgegensteht [57]) — gewöhnlich durch die Acten geführt werden können, um deren Abfoderung der Beschwerdeführer in einem solchem Falle bitten und, wenn er Entfernung der Gerichtsacten oder deren Vitiirung befürchtet, seine Manualacten zu einigem Beweis (aliqualis demonstratio) beilegen muß. Die obere Behörde, bezüglich der Landesherr selbst, fodert entweder die Acten ab (avocatio actorum, verschieden von avocatio causae, wie sich sogleich zeigen wird), oder erläßt sofort ein mandatum de administrando justitiam (oder vielmehr: de administranda justitia), bezüglich Beförderungsschreiben (promotoriales), Beides nur sonst nach der strengen Form der Reichsgerichte verschieden, jetzt bestehend in der Verordnung an den angeklagten Richter, ungesäumt die Justiz zu verwalten und zu gegründeten Beschwerden keine Veranlassung zu geben, im Falle er aber daran behindert sein sollte, sich berichtlich unter Einsendung der Acten zu verantworten. Diese letzte Clausel (clausula justificatoria) fällt weg, wenn der angerufene Obere die Acten schon abgefodert und sich so von der Richtigkeit der Beschwerde überzeugt hat. Gewöhnlich wird dem ersten Mandate, besonders wenn der Richter der obern Behörde nicht schon als nachlässig bekannt ist, keine Strafandrohung beigefügt. Die folgenden hingegen werden auf die simple Instanz des Beschwerdeführers und dessen

---

57) Die Meinung Gönner's, daß bei der Justizverzögerung, weil sie gewöhnlich eine passive Handlung sei, der Beschwerdeführer nicht zu beweisen brauche, widerlegt sich nach Vorstehendem (S. 36) von selbst.

Behauptung, es sei der Beschwerde noch nicht abgeholfen, erlassen; denn das Factum, daß dieß geschehen sei, muß nun natürlicherweise der Richter beweisen. Auch werden nun Disciplinarstrafen, mit jedem neuen Mandate in progressiver Erhöhung der vorigen Strafe, angedroht. (S. d. Art. Amtsverbrechen S. 224.) Sehr unzweckmäßig ist die Androhung neuer erhöhter Strafen mit bloßem Vorbehalte der bereits verwirkten. Viel zweckmäßiger ist, mit der neuen Androhung sogleich die Zuerkennung der vorher angedrohten und bezüglich deren Beitreibung zu verbinden. Oft wird, statt anderer Strafen, die Abberufung der Sache von diesem Richter und deren Verweisung an einen andern, an ein forum extraordinarium, auf Kosten des die Partei beschwerenden Richters, oder die Avocation der Sache zur ferneren Betreibung von der Oberbehörde selbst angedroht und executirt. Doch ist dieß Letztere ein sehr bedenkliches Mittel wegen Störung des Instanzenzuges, auch darf es nie von einem solchen Oberrichter geschehen, welcher diejenige Art von Jurisdiction nicht hat, die im vorliegenden Falle in Frage ist. Zweckmäßig ist es, dem Richter aufzugeben, daß er binnen einer gewissen Frist nachweise, wie er dem Befehle nachgekommen. Bewirkt er nun dieß und beweist er, daß er den Befehl befolgt habe, so behält es dabei, höchstens unter Admonition des Richters für die Zukunft und Verurtheilung desselben in die durch die Beschwerde verursachten Kosten, sein Bewenden. Beweist er, daß die ganze Beschwerde ungegründet war, so wird der Querulant abgewiesen und in die Kosten verurtheilt, auch, bei frevelhafter Beschwerde, nach Befinden bestraft. Zeigt sich, daß die Beschwerde nicht ganz ungegründet war, der Querulant aber die Sache vielleicht übertrieben und so verweitläuftigt hat, so wird der Kosten in der höhern Instanz nicht weiter gedacht [58]). Particulargesetze haben diese Bestimmungen häufiger geändert. Im Königreiche Sachsen z. B. müssen solche Beschwerden über Untergerichte bei dem Bezirksappellationsgerichte und, erfolgt da nicht Remedur, oder wird die Beschwerde gegen ein Appellationsgericht oder gegen das Ober-Appellationsgericht geführt, bei dem Justizministerium angebracht werden [59]). Andere Bestimmungen finden sich in den Gesetzen der übrigen Lande sächsischen Rechtes, namentlich rücksichtlich der Anbringung dieser Beschwerde bei den Ober-Appellationsgerichten zu Jena und Zerbst [60]).

Die Beschwerde gegen Beschlüsse des Richters in unstreitigen Rechtssachen trifft in der Hauptsache mit den Be-

---

58) Ueber die ganze Materie siehe Danz a. a. O. §. 453 flg. Gönner a. a. O. 3. Bd. Nr. LXVII. §. 2 flg. Martin a. a. O. §. 298. und Gensler dazu a. a. O. S. 223. J. H. Böhmer de origine, progressu atque indole querelae denegatae et protractae iustitiae, Halae 1738. et in exerc. T. VI.

59) Handbuch der königlich sächsischen Gesetzgebung vom 28. und 30. Januar 1835, Leipzig 1838. §. 35.

60) Kori a. a. O. §. 250 u. 251.

schwerden in Administrativsachen [61]) zusammen, denen der bei weitem größere erste Theil dieses Art. gewidmet war. Sie hat ihren Grund darin, daß in Teutschland, abweichend von der reinen Theorie des Richteramtes, dem Richter auch die Verwaltung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria v. non contentiosa) übertragen ist. Sie tritt nur bei Verhandlungen dieser Art ein, wenn die durch den Richter zugefügte Verletzung noch heilbar — außerdem bleibt nur die Entschädigungsklage übrig — und noch nicht im Prozeßwege — außerdem muß auch in diesem fort verfahren werden — verhandelt ist. Man pflegt zwar diese Beschwerde oft auch Extrajudicialappellation zu nennen, doch nicht in dem sonstigen reichsgerichtlichen Sinne (davon s. w. u.). Bei ihr ist aber nach ihrer ganzen Natur nicht die Rede von einer Appellationssumme und den Appellationsformalien. Auch sie bezweckt durch die Vorstellung bei der höhern Behörde gegen die drohende Gefahr für die durch die Handlung des Richters bedrohte Person, sei diese eine unmittelbar bei dem fraglichen Geschäfte betheiligte, oder eine dritte, Abhilfe. Die Beschwerde muß rücksichtlich der Behörde, von welcher sie zu richten ist, dem Instanzenzuge folgen und kann bei dem nächsten Oberrichter ohne Weiteres angebracht werden, in welchem Falle es räthlich ist, den beschwerenden Unterrichter davon zu benachrichtigen, damit derselbe, wenn er nicht ganz über sein Verfahren sicher ist, doch Veranlassung habe, in dem von ihm eingeschlagenen Wege nicht zu rasch vorzuschreiten, und damit wenigstens, wenn er dieß doch thut, er sich nicht mit Unwissenheit entschuldigen könne. Die Beschwerde kann aber auch bei dem Unterrichter selbst eingegeben, und dieser um Berichtserstattung an die höhere Instanz gebeten werden. Die Einwendung der Beschwerde hat indeß so lange keine Suspensivkraft, bis der Oberrichter mit Inhibitorialien Bericht erfodert hat, wenn nicht Landesgesetze, wie häufiger, ein Anderes bestimmen. Zu rathen ist es aber keinem Richter, die Beschwerde zu ignoriren, wenn nicht Gefahr auf dem Verzuge haftet. Die Einwendung derselben bei dem beschwerenden Richter selbst ist nur dann zu rathen, wenn von seiner Humanität und Unparteilichkeit zu erwarten ist, daß er ihr factisch eine Suspensivkraft zugesteht. Die Verhandlungen in der Sache gehen nach den Grundsätzen des Berichtsprozesses (s. d. Art. Bericht S. 8), in welchem am Ende über den Grund oder Ungrund der Beschwerde entschieden wird [62]).

Die Beschwerde über bloße, einer Rechtskraft nicht fähige Decrete und sonstiges ordnungs- und gesetzwidriges Benehmen des Richters hat mehrere Gegenstände und wird daher häufig getrennt behandelt. Bekanntlich gehören diejenigen richterlichen Decrete, durch welche blos das Verfahren geleitet wird — Decrete im eigentlichen Sinne — nicht zu den eigentlichen

---

61) v. Rotteck u. Welcker a. a. O. S. 481.

62) Danz §. 457. Gönner §. 14 flg., Beide in den schon angezogenen Stellen.

Urtheilen. Sie werden in der Regel nur auf die einseitige Instanz der einen Partei erlassen, beschreiten nie die Rechtskraft und sind nur so weit verbindlich, als sie mit den Gesetzen, namentlich den Prozeßgesetzen, übereinstimmen. Eben deßhalb kann auch nicht eines der zu Suspendirung der Rechtskraft bestimmten Rechtsmittel gegen sie angewendet werden, sondern nur Beschwerdeführung. Eine Ausnahme von der Regel, daß sie nicht die Rechtskraft beschreiten, machen diejenigen Decrete, wodurch ein Rechtsmittel verworfen wird, gegen welche darum auch ein gewöhnliches Rechtsmittel stattfindet, weil jenem Decret ein Urtheil vorausgeht, das rechtskräftig wird, wenn es bei der Rejection des Rechtsmittels bewendet. Die vorher erwähnte Beschwerdeführung aber wurde, weil bei dem Reichskammergerichte eine Sache so lange extrajudicial hieß, als auf einseitiges Anbringen einer Partei Etwas verfügt ward, dort auch Extrajudicialappellation genannt, ist aber an keine Nothfrist gebunden, kann gegen wiederholte abschlägige Decrete, jedoch nur bei dem zunächst höheren Richter, nie bei dem Landesherrn erhoben werden und veranlaßt ebenso in der Regel keinen Schriftenwechsel, wie die ihr vorausgehenden Decrete nur auf einseitige Instanz erlassen werden. Es wird vielmehr nur auf erstatteten Bericht des Unterrichters entschieden [63]). Die Beschwerden über sonstiges ordnungs- und gesetzwidriges Benehmen des Richters sind so vielfacher Art, daß sie sich nicht anders auf eine besondere Kategorie reduciren lassen, als durch die Bestimmung, daß dazu alle solche richterliche Handlungen Veranlassung geben, gegen welche ein anderes besonderes Rechtsmittel nicht verstattet ist. Dergleichen Beschwerden konnten selbst in criminalibus bei den Reichsgerichten angebracht werden, ohnerachtet im Uebrigen die Appellation an diese in unstreitigen und ausschließlichen Criminalsachen nicht statt hatte [64]). So findet dieß auch noch jetzt statt bei den höheren Gerichten, z. B. wegen ungerechten Arrestes, trotz des bekanntlich auch jetzt so sehr beschränkten Gebrauches der Appellation in Criminalsachen [65]). Aber auch in Civilsachen kann der Richter sich einer Ungebühr gegen die eine oder andere Partei zu Schulden kommen lassen, namentlich durch inhumane Behandlung u. s. w. Wenn der Betheiligte sich nicht der Injurienklage, oder bei zugefügtem wirklichen Schaden, gar einer Schadenklage bedienen will, so steht ihm dann die Beschwerdeführung frei, z. B. wegen eines unverschuldeterweise erhaltenen Verweises [66]). Das Verfahren ist, wie bei den übrigen Beschwer-

---

63) Danz §. 217. Gönner Nr. LVII. §. 2 flg., Beide a. a. O.

64) Reichsabschied von 1654. §. 79 in Schmaußens corpus iuris publici, Leipzig 1774. S. 982. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes, 2. Th. Rostock und Leipzig 1794. §. 779. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg's Ausgabe, 3. Bd. Hannover 1828. Bedenken 509. (IV. 147.)

65) v. Rotteck u. Welcker a. a. O.

66) Ueber dieses letzte Beispiel vergl. Quistorp's rechtliche Bemerkungen, 1. Th. Leipzig 1793. Nr. I. S. 16, über die Materie im Allgemeinen äber verbreiten sich gleichfalls Danz §. 456. und Gönner §. 13, Beide a. a. O.

deführungen, der Berichtsprozeß mit Berichts- und Actenabfoderung, — hier Verantwortungsbericht (s. den Art. Bericht S. 2) — mandata cum et sine clausula, Zurechtweisung u. s. w.

Hat der Richter durch seine gesetzwidrige Handlungsweise einer Partei eine solche Beschwerde zugefügt, daß die Partei zu einer Entschädigung von Seiten des Richters berechtigt ist, so führt auch dazu kein eigentliches Rechtsmittel, sondern nur der Weg der einfachen Beschwerde gegen den Richter, ohne daß die vorige Partei irgend dabei betheiligt ist. Die Entschädigung wird jedoch auf dem Wege der gewöhnlichen Beschwerdeführung nur erlangt werden können in ganz unbedeutenden Fällen, und wenn der Richter sich der die Entschädigung anbefehlenden disciplinarischen Maßregel unterwirft. Außerdem wird nur eine förmliche Schadenklage zum Zwecke führen. Diese ist entweder die Syndicatsklage (actio in factum contra iudicem litem suam facientem, actio male iudicati, actio de syndicatu), wenn der Richter vorsätzlich ungerecht handelte (dolose litem suam faciebat), oder die Regreßklage, eine actio in factum bei einem bloßen Verschulden des Richters; doch werden nicht immer Beide gehörig unterscheiden [67]). Erstere geht dahin, daß der Richter den wahren Werth des Streitobjectes [68]), Letztere dahin, daß er den durch sein Verschulden zugefügten Schaden ersetze [69]). Die Partei hat sogar in diesem Falle die Wahl, den Prozeß gegen den Gegner fortzusetzen, oder gleich den Richter in Anspruch zu nehmen [70]). Beide Klagen finden statt sowohl in civil- als criminalrechtlichen Fällen, sowohl in Fällen streitiger, als unstreitiger Gerichtsbarkeit. Ist der beschädigende Richter ein Collegium, so muß das ganze Collegium in Anspruch genommen werden, mit Vorbehalt des Regresses der Einzelnen gegen diejenigen, durch die sie überstimmt wurden, und gegen den Referenten, wenn er durch falsche Darstellung der Sache an der Beschwerde Schuld war [71]). Buddeus.

Besitz [1]). 1) Begriff. Die natürliche Gewalt über eine Sache, die wir Besitz nennen (im Gegensatze zu der rechtlichen Herrschaft über

---

67) Schmidt a. a. O. §. 1295. Puchta über die gerichtlichen Klagen, Gießen 1833. §. 143.

68) L. 15. §. 1. D. de iud. et ubi quisque. (5. 1.) C. 2. C. de poena iudicis. (7. 49.)

69) pr. J. de obligationib. (4. 5.) L. 5. §. 4. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 6. D. de extraord. cognit. (50. 13.)

70) Strube a. a. O. Bd. 646. (II. 124.)

71) Man vergl. hierüber die Art. Amtsverbrechen S. 229 flg. und Beamte S. 754, auch die oft angezogenen Danz §. 24. Note c. und §. 455. und Gönner §. 12.

1) Das Hauptwerk für diese Materie ist F. C. v. Savigny Recht des Besitzes, welches zuerst 1803 und in der sechsten Auflage 1837 erschienen ist. Darin finden sich auch S. XV flg. sehr vollständige Nachweisungen, theils über die ältere Literatur, welche im Ganzen durch jene Schrift unbrauchbar geworden ist, theils über die neuere seit 1803, welche nur für einzelne Puncte der Lehre ein Interesse hat.

dieselbe, dem Eigenthum), enthält zwei Elemente in sich: einmal einen körperlichen Zustand (von den Römern corpus genannt), das Verhältniß zu einer Sache, wonach es uns physisch möglich ist, auf dieselbe mit Ausschluß Anderer einzuwirken, sodann einen Willen, der auf die Sache gerichtet ist (animus). Beides ist wesentlich in dem Besitze enthalten, wir können z. B. einem Schlafenden, dem Etwas in bester Verwahrung zugesteckt worden ist, keinen Besitz zuschreiben. In Beziehung auf das erste jener Elemente ist eine Verschiedenheit des Besitzes undenkbar, es lassen sich verschiedene körperliche Zustände denken, welche jenes physische Verhältniß zur Sache gewähren (z. B. das Befinden der Sache in unserer Hand, in unserem Verschluß u. dgl. m. s. unten §. 10), aber es entstehen dadurch nicht verschiedene Arten des Besitzes. Wohl aber ist dieß der Fall in Beziehung auf den animus, je nach dessen Verschiedenheit der Zustand factischer Gewalt, also der Besitz selbst eine verschiedene Gestalt annimmt. Es läßt sich denken 1) daß der Wille des Besitzers darauf geht, die Sache völlig für sich zu haben, so daß sein Wille dem körperlichen Verhältnisse vollkommen entspricht; dieser animus rem sibi habendi wird, da sich in der Beschaffenheit des Willens eines Eigenthümers für ihn eine vollkommene Analogie findet, auch ψυχὴ δεσπόζοντος, animus domini genannt [2]); 2) daß der Wille diese totale Beschaffenheit nicht hat, wohin namentlich immer der Fall gehört, wenn der Besitzer in dem körperlichen Verhältnisse, worin er sich zur Sache befindet, nur einen fremden Besitz ausüben will, also alieno nomine besitzt [3]). Hiernach gibt es zwei Arten des Besitzes: Besitz mit dem animus domini und ohne denselben.

2) Stellung im Rechte. Es sind zwei juristische Fragen, wodurch der Besitz, dieses an sich blos factische Verhältniß, im Rechte zur Sprache kommt: Wer hat das Recht zu besitzen? und: Wer ist Besitzer? Durch die erste Frage wird nichts gesagt, als daß es Rechte gebe, zu deren Inhalt auch dieß gehöre, daß dem Berechtigten als solchen der Anspruch zustehe, die Sache in seiner Gewalt zu haben, oder in seine Gewalt zu bekommen. Der Besitz selbst wird dadurch so wenig ein Rechtsinstitut oder eine Quelle rechtlicher Wirkungen und Gegenstand einer juristischen Theorie, als z. B. der Fruchtbezug ein Rechtsverhältniß darum ist, weil es Rechte gibt, die zum Bezug der Früchte berechtigen. Soll dagegen die zweite Frage eine juristische sein, so setzt dieß voraus, daß mit dem Besitze selbst rechtliche Wirkungen verknüpft sind, vermöge deren allein die Entscheidung der Frage: wer ist Besitzer? ein juristisches Interesse haben kann. Dieß ist nun wirklich der Fall. Die juristische Theorie des Besitzes hat daher zwei Aufgaben: die rechtlichen Wirkungen des Besitzes festzustellen, und die Regeln zu geben, wonach die Frage: wer besitzt? für wen also treten jene Wirkungen ein? zu beantworten ist.

---

2) Theophil. paraphr. ad §. 2. J. quib. mod. toll. obl. et ad §. 4. J. per qu. pers. nobis adqu.

3) L. 18. pr. D. de adquir. poss. (41. 2.)

3) Wirkungen. Hier wird nun die Unterscheidung des Besitzes in obige zwei Arten wichtig, indem jene Wirkungen nicht jedem Besitz, sondern dem, bei welchem corpus und animus sich vollkommen correspondiren, also dem Besitz mit dem animus domini beigelegt sind. Zwar hat man verschiedene Wirkungen des Besitzes aufgezählt, welche allen Arten des Besitzes gemeinschaftlich wären. Dahin gehört das commodum possessoris bei der Eigenthumsklage, daß er nicht die Beweislast hat. Dieß ist aber nur eine Folge der Eigenschaft, Beklagter zu sein: sie gilt für jeden Beklagten, nicht blos für den Besitzer, und für diesen nur, insofern er Beklagter ist. Der Umstand sodann, daß der Besitzer der Beklagte bei der Eigenthumsklage und gewissen anderen Klagen ist, und daß also in dieser Beziehung die Frage, ob Jemand besitzt, eine juristische werden kann [4]), darf eben so wenig als eine rechtliche Wirkung des Besitzes betrachtet werden. Beklagter bei irgend einer Klage ist der, welcher das Recht des Klägers verletzt, und aus diesem Grunde ist denn unter anderen der Besitzer der Beklagte bei der rei vindicatio, was also nicht eine Wirkung des Besitzes, sondern des Umstandes ist, daß die Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes eine Verletzung des Eigenthumes enthält. Ferner das Recht der Selbstvertheidigung, das man als eine Wirkung des Besitzes angesehen hat (mit Beziehung auf C. 1. C. unde vi 8. 4.) hängt mit dem Besitze gar nicht wesentlich zusammen; der Besitz einer Sache kann allerdings Veranlassung dazu werden, insofern er die Veranlassung zu dem Angriffe gibt, aber so wenig der Besitz die einzige Veranlassung zu einem Angriffe gibt, eben so wenig ist er ein Erforderniß für die Vertheidigung. Jeder Angegriffene kann sich vertheidigen, auch wo er nicht Besitzer ist, z. B. seinen Körper, von dem man nicht sagen kann, daß er ihn besitzt. Aehnliches gilt von dem Retentionsrechte, welches auch als eine Wirkung des Besitzes betrachtet worden ist. Auch dieses ist nicht eine Folge des Besitzes, sondern dieser ist nur ein Mittel seiner Ausübung, rücksichtlich deren freilich so viel gewiß ist, daß wer nichts hat, auch nichts retiniren könne. Wenn somit die wahren juristischen Wirkungen sich auf den Besitz mit dem animus domini beschränken, so erklärt sich daraus, warum dieser der juristische Besitz genannt wird, von den Römern sogar possessio schlechtweg, so daß sie nur von einem solchen Besitzer sagen: possidet, während die andere Art des Besitzes mit den Ausdrücken: natürlicher Besitz, Detention, auch bei den Römern naturalis possessio im Gegensatze zur possessio schlechtweg, und tenere, in possessione esse bezeichnet wird [5]). — Welches sind nun aber diese juristischen Wirkungen des Besitzes? Vor Allem gehört der Besitz in gewissen Fällen mit zu den Erfordernissen des Eigenthumserwerbes, theils so, daß in dem Augenblicke des Besitzerwerbes unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse das Eigenthum erworben wird, und also dadurch die Frage: ob Besitz erworben sei? eine juristische Bedeutung erhält, wie

---

4) Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. L. 9. de R. V. (6. 1.)

5) Siehe z. B. L. 10. §. 1. L. 18. pr. h. t.

dieß der Fall ist bei der Occupation und Tradition, wo diese Handlungen Eigenthumserwerbungen sind, theils so, daß die Fortsetzung des Besitzes eine gewisse Zeit hindurch zum Eigenthum führt, wie bei der Ersitzung. Die ersteren Fälle aber enthalten, genauer betrachtet, keine Wirkung des Besitzes als eines Zustandes, sondern des Besitzerwerbes, man kann also sagen, daß die Frage nach dem Besitzerwerbe dadurch eine juristische, aber nicht, daß der Besitz selbst dadurch ein juristisches Verhältniß geworden sei. Anders verhält sich die Sache bei der Usucapion. Zu dieser ist eine Fortsetzung des Besitzes, also der Besitz als ein dauernder Zustand erfoderlich. Dennoch aber ist auch hier Etwas, welches uns hindert, das Eigenthum ganz eigentlich als eine Wirkung des Besitzes zu bezeichnen. Denn es ist, eigentlich gesprochen, nicht eine Wirkung des Besitzes als eines Zustandes, sondern des Ablaufes der gesetzlichen Zeit, innerhalb deren jener Zustand bestanden haben muß (tempore dominium adquiritur). So viel ist übrigens gewiß, daß auch durch diese Folge, welche der Dauer des Besitzes beigelegt ist, die Frage nach seiner Existenz eine juristische Bedeutung erhält, und da nicht jeder Besitz mit dem animus domini geschickt ist, durch seine Dauer zum Eigenthum zu führen, sondern nur der Besitz mit einem iustum initium an einer usucapionsfähigen Sache, so ist dadurch eine besondere Art des juristischen Besitzes entstanden, der zur Usucapion qualificirte (possessio ad usucapionem). Jeder Usucapionsbesitz ist Besitz mit dem animus domini, aber nicht jeder Besitz mit dem animus domini ist Usucapionsbesitz [6]). Da die Usucapion dem ius civile (im Gegensatz zum ius gentium und zum ius praetorium) angehört, so wird dieser Usucapionsbesitz civilis possessio genannt, unter welchem Ausdrucke also nie der juristische Besitz schlechtweg zu verstehen ist [7]). Da nun die Römer den Gegensatz von civilis mit dem Worte naturalis zu bezeichnen pflegen, so hat dieß eine besondere (von der oben schon vorgekommenen abweichende) Bedeutung des Ausdruckes naturalis possessio veranlaßt, indem derselbe, im Gegensatze von civilis possessio gebraucht, jeden Besitz, der nicht Usucapionsbesitz, also nicht blos den natürlichen Besitz, die Detention, sondern auch den einfachen juristischen, die possessio schlechtweg begreift [8]).

4) Interdicte. Als unmittelbare rechtliche Wirkungen des Besitzes stellen sich nur die Rechtsmittel heraus, durch welche derselbe ge-

---

6) Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. . . . Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat L. 1. §. 2. D. pro don. (41. 6.)

7) Savigny hat die wahre Bedeutung des Ausdruckes, welche für das richtige Verständniß der Stellen des römischen Rechtes von entscheidender Wichtigkeit ist, auf das Vollständigste nachgewiesen. Siehe das Recht des Besitzes 6. Aufl. §. 7. S. 58—101. §. 10. S. 151—178. und Einleitung S. LI—LXVII. woselbst auch die entgegengesetzten Meinungen, die von Alters her die richtige Erklärung der Quellen gehindert und bis auf die neueste Zeit einzelne Vertheidiger gefunden haben, geprüft sind.

8) Siehe z. B. L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 9. 10. D. de vi. (43. 16.)

schützt ist. Eines solchen Schutzes genießt 1) der Usucapionsbesitz, die bonae fidei possessio, durch die Publiciana in rem actio, 2) aber auch der einfache Besitz mit dem animus domini durch gewisse Interdicte, die theils zur Aufrechthaltung dieses Besitzes bestimmt sind (interdicta retinendae possessionis), theils zu seiner Wiedererlangung, wenn er verloren worden ist (interdicta recuperandae possessionis). Diese Interdicte heißen possessorische, weil sie sich auf den Besitz gründen, possessionis causam habent, den Besitz in dem Kläger, entweder als einen gegenwärtigen oder als einen vergangenen, verlorenen voraussetzen [9]). Die possessorischen Interdicte nun sind als die eigentlichste Wirkung des Besitzes, der eben durch sie zu einem besonderen Rechtsverhältnisse geworden ist, zu betrachten. Denn die Publiciana ist nichts als die Eigenthumsklage, welche durch Fiction auf die bonae fidei possessio übergetragen ist. Diese also wird, insofern jene Klage daraus hervorgeht, nicht mehr als Besitz, sondern vielmehr als eine Art Eigenthum, ein fingirtes Eigenthum oder Quasidominium behandelt; sie tritt dadurch aus der Kategorie des Besitzes in so weit heraus. So bleiben uns also nur die Interdicte als die unmittelbaren Wirkungen des Besitzes als solchen übrig, die denn auch die reinen Wirkungen desselben sind, indem ihnen nur jener Besitz mit dem animus domini in seiner Reinheit, ohne Rücksicht auf eine besondere Qualification desselben (wie eine solche den Usucapionsbesitz auszeichnet), zu Grunde liegt. Darum kann dieser Besitz mit dem animus domini der Interdictenbesitz genannt, und dadurch auf der einen Seite von der Detention, welche die Interdicte nicht begründet, auf der anderen Seite von dem Usucapionsbesitze, der für die Interdicte nicht erfoderlich ist, unterschieden werden. Savigny hat auch hier das Verdienst, das Rechtsverhältniß des Besitzes in dieser seiner Bestimmtheit und Einfachheit aufgefaßt und hergestellt zu haben.

5) Juristische Modification der factischen Natur des Besitzes. Die possessorischen Interdicte sind die unmittelbare Wirkung des bloßen und reinen juristischen Besitzes, der natürlichen Unterwerfung der Sache mit dem animus domini [10]). Namentlich ist es absolut betrachtet gleichgiltig, ob der Besitz, den Jemand durch das Interdict geltend macht, einen rechtmäßigen Ursprung habe oder nicht: iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet [11]). Nur gegen den, von welchem er iniuste d. h. vi, clam oder precario besitzt, dringt er in der Regel mit dem Interdicte nicht durch, indem jenem die exceptio vitiosae possessionis zusteht [12]). So ist es also

---

9) Siehe das Nähere in dem Artikel: interdicta rec. und ret. poss.

10) Daß eine Verletzung des Besitzes eintreten müsse, um die Interdicte zu veranlassen, beschränkt diesen Satz nicht, denn dieß ist eine für alle Klagen geltende Voraussetzung.

11) L. 2. uti possid. (43. 17.)

12) Siehe den Art. von den poss. Int.

vollkommen das factische Verhältniß, wie es oben bestimmt wurde, welches durch die Interdicte zu einem Rechtsverhältnisse geworden ist. Dieß wird nicht blos in der ganzen Gestalt, welche die Theorie des Besitzes in unseren Quellen hat, namentlich in den Principien über Erwerb und Verlust anerkannt, sondern noch in besonderen Folgerungen ausdrücklich hervorgehoben. So erstreckt sich die Wiederherstellung der Rechte iure postliminii nicht auf den Besitz, den Jemand durch die Gefangenschaft verloren hat, weil possessio plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio [13]). Der Erbe succedirt ferner durch den Erwerb des Erbrechtes in die Rechte des Erblassers, aber nicht in den Besitz [14]). Dennoch aber ist die juristische Theorie des Besitzes nicht ohne Einflüsse rein juristischer Art geblieben, wodurch die factische Natur des Besitzes modificirt worden ist, plurimum ex iure possessio mutuatur. Diese Modificationen sind theils Folgen des Umstandes selbst, daß der Besitz als ein Recht betrachtet worden ist, theils haben sie Gründe singulärer Art. So ist es gekommen, daß zuweilen ein Besitz nicht angenommen wird, wo er vom rein natürlichen Standpuncte aus angenommen werden müßte, dagegen hinwiederum ein Besitz anerkannt wird, wo das rein factische Verhältniß nicht existirt. Von diesen Modificationen sollen hier die genannt werden, welche auf die Eigenschaft des Besitzes als eines Rechtsverhältnisses, als ihre Quelle zurückzuführen sind. Beschränkende Modificationen sind: daß ein juristischer Besitz an Sachen, an denen kein Privatrecht möglich ist, nicht stattfindet, also an res divini iuris [15]), an res omnium communes, und res publicae, quae in publico usu habentur [16]), und daß Personen, so weit sie keines Rechtes oder wenigstens keines Vermögensrechtes, überhaupt oder in Beziehung auf gewisse Sachen, fähig sind, auch keinen juristischen Besitz haben können [17]), daß also eine natürliche Unterwerfung in diesen Fällen immer nur Detention ist. Als Grund wird von den römischen Juristen selbst angegeben, daß der juristische Besitz ein Recht ist [18]), von dem also dasselbe gelten muß, was von anderen Rechten. Und da der Besitz nur darum ein Recht ist und geschützt wird, weil die Möglichkeit eines Rechtes, dem die natürliche Unterwerfung entspricht, eine Anerkennung fodert, so kann kein juristischer Besitz angenommen werden, wo diese Möglichkeit von vorn herein durch die Unfähigkeit der Sache oder der Person ausgeschlossen ist. Die Unfähigkeit übrigens der filiifamilias zum juristischen Besitze ist durch das neuere Recht sehr beschränkt. Da diese Personen im Allgemeinen der Vermögensrechte fähig sind, so sind sie auch des juristischen Besitzes theilhaftig. Nur aus dem Vermögen des Vaters können sie während der Dauer der väterlichen Gewalt kein Recht erwerben, also auch keinen

---

13) L. 19. quib. ex caus. maj. (4. 6.)
14) L. 23. pr. h. t.
15) L. 30. §. 1. h. t.
16) L. 3. §. 17. L. 30. §. 3. eod.
17) L. 30. §. 3. L. 49. §. 1. eod.
18) L. 49. §. 1. cit.

Besitz. Zu den erweiternden Modificationen gehört es, daß ein Pupill ohne Autorität seines Tutors den Besitz nicht aufgeben kann. Natürlich betrachtet könnten wir den Pupillen mit dem animus non possidendi ebenso wenig mehr als Besitzer betrachten, als wenn das andere Element des Besitzes, das corpus, für ihn weggefallen ist. Wenn nun vielmehr festgesetzt ist, daß der Pupill zwar corpore, aber nicht animo den Besitz verlieren kann, so daß er also fortbesitzt, obgleich ihm der animus rem sibi habendi fehlt, so ist dieß eine Folge davon, daß der Besitz ein Recht ist, Rechte aber von Pupillen ohne den Vormund nicht aufgegeben werden können [19]). Eine andere Modification, vermöge deren ein juristischer Besitz angenommen wird, wo natürlich betrachtet keiner existiren würde, ist der des abgeleiteten Besitzes.

6) Abgeleiteter Besitz. Es ist der Besitz mit dem animus domini, welcher mit den Interdicten geschützt ist. Dieser Besitz ist es denn auch, wie oben schon erwähnt, allein, bei welchem der Wille des Besitzers dem körperlichen Verhältniß vollkommen entspricht, dieselbe Totalität, wie dieses hat. Es erklärt sich leicht, warum nur ein solcher Besitz des rechtlichen Schutzes theilhaftig geworden ist. Von den beiden Elementen, aus denen der Besitz besteht, corpus und animus, ist es gerade das zweite, welches ihn fähig macht, ein juristisches Verhältniß zu sein; der körperliche Zustand hat für das Recht durch den Willen, der damit verbunden ist, diese Bedeutung, und, wie man sagen kann, Sanction, während er für sich betrachtet nicht einmal ein ausschließlich menschlicher Zustand ist, auch ein Thier in demselben körperlichen Verhältnisse zu einer andern Sache sich befinden kann. Da nun das körperliche Verhältniß immer ein totales ist, in einer totalen Unterwerfung der Sache besteht, so wird es vollständig nur durch einen ebenso totalen Willen, der eben der animus domini ist, sanctionirt und daher auch nur unter dieser Voraussetzung gegen Verletzung geschützt. Indem ich auf den Schutz meines Besitzes Anspruch mache, verlange ich, daß mein Wille, den ich in die Sache gelegt habe, noch ehe dessen Rechtmäßigkeit dargethan ist, schon wegen der Möglichkeit, daß er, als der eines Rechtsfähigen, diese Eigenschaft habe, respectirt werde; dieß kann ich aber nur, wenn sein Umfang dem des körperlichen Verhältnisses entspricht. Wer den animus domini nicht hat, gesteht diesen, sofern es sich um eine Sache handelt, an der er möglich ist, einem Andern zu, stellt sich also zu diesem in die Eigenschaft eines Vertreters desselben, und kann daher auf einen Schutz seines Innehabens, als eines selbstständigen Rechts, keinen Anspruch machen. — Dieß wird nun vollkommen durch die einzelnen Anwendungen im römischen Rechte bestätigt. Alle die, welche als juristische Besitzer anerkannt und mit den possessorischen Interdicten versehen werden, haben den animus domini, nur zwei (nach Savigny vier) Fälle ausgenommen. Diese zwei Fälle sind einmal der Besitz des Faustpfandgläubi-

---

19) L. 29. h. t. L. 11. D. de adqu. dom. (41. 1.)

gers, der als Interdictenbesitz anerkannt wird[20]), sodann der Besitz des Sequesters, wenn ihm nämlich, um den Besitz des bisherigen Besitzers zu unterbrechen, der juristische Besitz überliefert wird[21]). Savigny rechnet zu diesen beiden Fällen noch den Besitz des Emphyteuta und des precario accipiens (von welchen der Erste immer juristischer Besitzer ist, der Zweite, wenn ihm nicht ausdrücklich blos die Detention übertragen ist)[22]); aber der animus dieser Personen ist so total, wie es nur immer der Wille eines Eigenthümers sein kann. Der precario possidens namentlich unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von dem, welcher clam oder vi besitzt; der Unterschied, daß ihm der Besitz von dem früheren Besitzer verstattet ist, hat auf den animus possidendi so wenig Einfluß, als das Bewußtsein der Widerruflichkeit, also der precären Dauer seines Besitzes. Wie man aber auch darüber denken möge, genug, daß es eine, immer jedoch sehr beschränkte Anzahl von Fällen gibt, wo juristischer Besitz ohne den animus domini angenommen wird[23]). Für die Behandlung dieser Fälle bietet sich nun ein doppelter Weg dar. Der erste wäre der, um ihretwillen die obige Bestimmung des juristischen Besitzes, als des Besitzes mit dem animus domini, weil sie nicht auch auf diese Fälle paßt, gänzlich zu verwerfen, die Fälle also nicht als Ausnahme von der Regel anzuerkennen, sondern vielmehr eine Regel, eine Bestimmung des animus possidendi aufzusuchen, welche auch auf sie paßt. Diesen Weg haben mehrere Juristen eingeschlagen, aber es hat sich durch ihre Versuche nur desto entschiedener herausgestellt, daß die Bestimmung des Willens als animus domini die allein sichere und mögliche ist, indem die derselben substituirten Begriffe theils zu eng waren, und wenn sie auf jene zwei oder vier Fälle paßten, andere ebenso entschiedene Fälle des juristischen Besitzes ausschlossen, theils zu weit, und daher Fälle einer bloßen Detention hereinzogen[24]). So bleibt also nur der zweite Weg übrig, den Savigny eingeschlagen, und der bei der Anzahl und Beschaffenheit jener Fälle auch gar kein Bedenken hat, der nämlich, dieselben einfach als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten. Savigny hat diese Ausnahme sehr passend mit dem Namen des abgeleiteten Besitzes bezeichnet: es ist ein Besitz, der für sich betrachtet, nicht juristischer Besitz wäre, der es aber darum ist, weil der Wille des Besitzers auf den juristischen Besitz selbst gerichtet ist, was sich nicht ohne einen bisher schon dagewesenen juristischen Besitz, der jenem gegeben wird, denken läßt. In den beiden Fällen des abgeleiteten Besitzes ist das Bedürfniß vorhanden, dem Besitzer, der es der Regel gemäß wäre, den Besitz zu entziehen, dem Faustpfandgläubiger soll dadurch die Ausübung seines Pfandrechtes, bei dem Sequester soll das

---

20) L. 16. de usurp. (41. 3.) L. 36. h. t.
21) L. 17. §. 1. depos. (16. 3.) L. 39. h. t.
22) L. 10. pr. §. 1. h. t.
23) Denn der Versuch, in allen jenen Fällen einen animus domini nachzuweisen, kann nicht gelingen. v. Savigny R. d. B. S. 145.
24) Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 147 flg.

ungewisse oder streitige Recht der nicht besitzenden Partei gesichert werden: Grund genug, eine Anomalie eintreten zu lassen. Das römische Recht läßt diese Anomalie denn auch nicht weiter zu, als ein gegründetes Bedürfniß in der Natur gewisser Rechtsverhältnisse es erheischt; daher darf diese Ausnahme nicht als eine willkürlich zu erweiternde betrachtet werden. Der Verwalter fremder Güter, der Commodatar, der gewöhnliche Depositar, der Pächter und Miether, der in possessionem missus (mit Ausnahme der Fälle, wo er durch die missio Eigenthümer wird), der Usufructuar, der Usuarius, der Superficiarius haben nur Detention, da sie nicht den animus domini haben, und dieß kann auch durch eine ausdrückliche Verabredung, daß sie den juristischen Besitz (also einen abgeleiteten) haben sollten, nicht abgeändert werden[25]).

7) Ausschließlichkeit des Besitzes. Aus dem Begriffe des Besitzes, als der vollständigen und ausschließlichen Gewalt über eine Sache, ergibt sich, daß Mehrere nicht dieselbe ganze Sache besitzen können[26]). Dieß hat die practische Folge für den Erwerb und den Verlust des Besitzes, daß der Besitz einer bisher von einem Andern besessenen Sache nicht eher erworben sein kann, als der bisherige Besitzer aufgehört hat, es zu sein, und umgekehrt dieser den Besitz verloren haben muß, wenn ein Anderer ihn erworben hat. Als eine Ausnahme könnte betrachtet werden der Fall des Faustpfandgläubigers. Dieser besitzt nämlich, und zwar juristisch, nicht blos im Namen des Verpfänders; dessenungeachtet wird angenommen, der Usucapionsbesitz des Verpfänders sei dadurch nicht unterbrochen, quoad usucapionem besitze derselbe fort, obwohl er in jeder andern Rücksicht aufgehört hat zu besitzen. Dieß ist im Interesse sowohl des Verpfänders, als auch des Gläubigers selbst angenommen worden, dem es, um der Existenz seines Pfandrechtes willen, daran gelegen sein muß, daß der Verpfänder, wenn er noch nicht Eigenthümer ist, es wenigstens werde, und der sich selbst im Lichte stünde, wenn sein Besitz die Ursache wäre, das Mittel des Verpfänders, es zu werden, auszuschließen[27]). Dieser Besitz des Gläubigers und des Verpfänders kann aber deswegen nicht als eine Ausnahme jener Regel betrachtet werden, weil in der That nur der Gläubiger besitzt und nur er die Interdicte hat; ein Besitz des Verpfänders wird nur insofern fingirt, als seine Usucapion fortdauern soll, was eben eine Fortdauer seines Besitzes, aber auch nur in dieser einzigen Hinsicht, enthält. Daher kann man von ihm sagen, er besitzt nicht, sondern er wird nur in einer gewissen einzelnen Rücksicht so behandelt, als besäße er, und so drückten sich gerade auch die römischen Juristen aus[28]). Dagegen gab es einen andern Fall, wo nach der Meinung mehrerer römischer Juristen eine possessio plurium

25) v. Savigny a. a. O. §. 23.
26) L. 3. §. 5. h. t.
27) L. 16. D. de usurp. (41. 3.) L. 36. h. t.
28) L. 36. cit.

in solidum stattfinden sollte[29]). Sabinus nämlich behauptete, bei dem Precarium besitze nicht blos der precario accipiens, sondern auch der Geber höre dadurch nicht auf zu besitzen. Ein Anhänger von ihm, Pomponius[30]), begründet dieß dadurch, daß der Empfänger nur mit dem Willen des Gebers den Besitz erhält, der Geber also auch nicht mehr verliert, als er aufgeben will. Da er nun nach der Natur des Precariums sich der Sache gar nicht entäußern will, non decesserit animo possessione, so muß auch ihm noch der Besitz zugeschrieben werden. Dasselbe war auch schon die Meinung des Trebatius, der damit vielleicht nur den Satz im Auge hatte, daß der Prätor bei den interdicta retinendae possessionis, wenn eine Partei von der andern die Sache precario hat, der letzteren den Besitz zuspricht, sie also als Besitzer behandelt[31]). Trebatius zog daraus die Regel: posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. Gerade an diesem Ausdrucke zeigte nun Labeo das Irrige jener Behauptung, da als possessio die iusta nicht eine andere, als die iniusta, diese Qualität vielmehr für den Begriff des Besitzes gleichgiltig sei, während Paulus, gegenüber jener Begründung des Pomponius, sich darauf beruft, daß bei dem Besitze nicht blos der animus, sondern auch das corpus zur Sprache kommt, und das letztere die Möglichkeit der possessio plurium in solidum schlechterdings ausschließt, contra naturam est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Darum kann auch der, welcher die Sache precario gegeben hat, während des Besitzes des Empfängers die Ersitzung nicht vollenden, aber wenn er den Besitz wieder zurückerhalten hat, kann er sich der accessio temporis aus der Person des Empfängers bedienen[32]). Die Ansicht übrigens, welche die Ausnahme von der Regel verwirft, ist, wie sie wahrscheinlich schon zu Ulpians und Paulus Zeit die herrschende war, im Justinianischen Rechte recipirt und dadurch die sabinianische beseitigt, die nur durch ein Versehen der Compilatoren in der angeführten Stelle des Pomponius an einem andern Orte wieder zum Vorschein gekommen ist. Für das geltende Recht also hat die Regel: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, keine Ausnahme.

8) Besitz von Theilen. Eine ganz andere Frage ist, inwiefern ein Theil einer Sache für sich besessen werden kann, wodurch jene Regel nicht berührt wird. Hier ist so viel gewiß, daß Mehrere eine Sache zu ideellen Theilen besitzen können, als Mitbesitzer (compossessio), so daß Jeder ausschließlicher Besitzer seines quoten Theiles ist. Nur setzt dieß voraus, daß solche ideelle Theile durch irgend ein juristisches Ereigniß (z. B. durch Kauf, Schenkung ꝛc. eines quoten Theiles) existiren; es kann Niemand willkürlich und ohne daß vorher solche

---

29) L. 3. §. 5. h. t.
30) L. 15. §. 4. D. de precario. (43. 26.)
31) Vergl. L. 3. pr. D. uti poss. (43. 17.)
32) L. 13. §. 7. h. t.

ideelle Theile entstanden sind, den Besitz eines solchen ergreifen[33]). Auch ist ein solcher Besitz nicht denkbar, ohne daß der Besitzer den Theil, also den Gegenstand seines Besitzes, kennt: incertam partem rei nemo possidere potest[34]). — Schwieriger ist die Frage, inwiefern ein körperlicher Theil der Sache für sich besessen werden kann (pro diviso possideri potest). Offenbar setzt der Besitz eines Theiles für sich ein Fürsichbestehen dieses Theiles voraus, und zwar von der Art, daß sowohl das corpus als der animus, also die beiden Elemente, aus denen der Besitz besteht, dadurch in Beziehung auf diesen Gegenstand möglich werden. Der Theil nun, um den es sich handelt, kann ein integrirender Theil, d. h. so wesentlich mit dem Ganzen verbunden sein, daß er, ohne sein Wesen zu ändern, nicht davon getrennt, daß er also auch durchaus nicht als eine für sich bestehende Sache betrachtet werden kann. So sind die Glieder Theile des Thieres, die Pflanzen, die Gebäude Theile des Bodens, mit dem sie verbunden sind. Hier ist es offenbar, daß ein Besitz an dem Theile nicht denkbar ist, es kann nur das Ganze besessen werden. Was nun aber Theile anlangt, welche nicht in dieser wesentlichen, ihre Natur selbst afficirenden Verbindung mit dem Ganzen stehen und die daher getrennt werden können, ohne etwas Anderes zu sein, als in ihrer Verbindung, so ist so viel gewiß, daß der Besitz an ihnen möglich ist, sobald diese Trennung eintritt. Bei Grundstücken geschieht diese Trennung schon dadurch, daß ein Stück des Ganzen als eine Sache für sich behandelt, also für sich in Besitz genommen wird: locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest[35]). Es bleibt also nur übrig zu untersuchen, ob ein Besitz an solchen nicht integrirenden Theilen während der Dauer der Verbindung möglich ist. Aber auch hier ist noch ein Fall auszuscheiden, welcher gar keine Schwierigkeit hat. Sachen nämlich, die blos Theile eines ideellen Ganzen, einer universitas rerum distantium sind, z. B. die einzelnen Stücke einer Heerde, können für sich besessen werden, weil ihre Verbindung keine körperliche ist. Ja es findet sogar nur ein Besitz dieser einzelnen Theile, nicht des Ganzen statt[36]). In den übrigen Fällen, die nun allein noch zu entscheiden sind, also bei nicht integrirenden Theilen, die in einer körperlichen Verbindung mit dem Ganzen, zu dem sie gehören, sich befinden, sind zwei Fragen zu unterscheiden: 1) Kann Jemand sie besitzen, ohne Besitzer des Ganzen zu sein? 2) Besitzt der Besitzer des Ganzen auch die Theile? Die erste Frage ist zu verneinen, wegen der Unmöglichkeit des körperlichen Verhältnisses: die physische Gewalt über den Theil ist hier ohne die Gewalt über die ganze Sache, mit der er zusammenhängt, nicht zu denken. Ueber die zweite Frage aber bestehen unter unsern Juristen sehr verschiedene Ansichten,

---

33) L. 26. h. t.
34) L. 3. §. 2. eod. L. 32. §. 2. D. de usurp. (41. 3.)
35) L. 26. h. t.
36) L. 30. §. 2. D. de usurp. (41. 3.)

besonders deswegen, weil sie in unseren Quellen nicht in ihrem ganzen Umfange behandelt wird, sondern nur in einigen besonderen Anwendungen zum Vorschein kommt, deren Princip erst aufzusuchen ist. Gehen wir aber von dem Wesen des Besitzes selbst aus, so ist nicht zu bezweifeln, daß quoad corpus dem Besitz der Theile für den Besitzer des Ganzen nichts im Wege steht. Wer das Haus besitzt, hat auch die Balken, wer den Ring, auch den Stein, der sich darin befindet, in seiner physischen Gewalt. Dieß zeigt sich auch darin, daß er von dem Eigenthümer mit der actio ad exhibendum belangt werden kann. In Beziehung auf die Materialien eines Hauses ist diese freilich ausgeschlossen, aber dieß ist eine ganz singuläre, auf besonderen Gründen beruhende Beschränkung, mit welcher es denn auch zusammenhängt, daß die actio ad exhibendum gegen den wissentlichen Verwender des Materials, quasi dolo malo fecerit, quominus possideat, gegeben wird [37]). Es könnte also nur in Beziehung auf den animus ein Hinderniß des Besitzes gefunden werden. Unmöglich ist nun auch der animus keineswegs, der Wille kann auch auf eine mit einer andern verbundene Sache gerichtet sein; aber es fragt sich: ist dieser Wille irgend nachweisbar, hat er ein äußeres Dasein, da das corpus nicht auf diese Sache besonders geht, sondern sich zugleich auf das Ganze erstreckt? Der Besitz eines solchen Theiles hängt also von der Möglichkeit ab, den animus possidendi mit Sicherheit zu constatiren. Daher ist a) der Besitz des Theiles in dem Ganzen unbedenklich anzunehmen, wenn der Besitzer jene Sache einzeln besessen und sodann erst dem von ihm besessenen Ganzen eingefügt, z. B. die von ihm besessenen Materialien in das von ihm besessene Haus verbaut hat. Denn wie sollte er hierdurch den Besitz des Balkens oder Steines verloren haben? Corpore gewiß nicht, vielmehr hat er ihn nun eher sicherer in seiner Gewalt als vorher, aber auch animo nicht, denn er hat nicht den animus non possidendi (s. unten §. 14). Dieß wird denn auch für den Usucapionsbesitz (denn nur bei diesem ist die Frage von practischem Interesse) in L. 30. §. 1 D. de usurp. (41.3.) gesagt. Wenn Jemand einen Stein in einen Ring gesetzt hat, besitzt und usucapirt er Stein und Fassung besonders. Eben so sollen Materialien, die in das Haus verbaut sind, fortbesessen und usucapirt werden. In Beziehung auf das letzte Beispiel aber entsteht eine Schwierigkeit dadurch, daß der in der Stelle entschiedene Fall so bestimmt wird: wenn dem Besitzer der Materialien zu deren Usucapion zehn Tage fehlten, als er sie verbaute. Als ein unwesentlicher, zufälliger Theil der Thatsache, die der Jurist beurtheilt, ist dieser Zusatz wohl nicht zu betrachten. Deshalb haben mehrere Juristen [38]) geglaubt, jene Stelle enthalte vielmehr für eine Verbindung mit unbeweglichen Sachen die entgegengesetzte Regel, daß der Besitz des Theiles nicht fortdauere, von der sie nur in einem ganz

---

37) L. 1. §. 2. D. de tigno iuncto. (47. 3.)
38) z. B. Thibaut, System der Pand. §. 211. Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 49. 50.

einzelnen Falle, si decem dies superessent, den man verschieden erklärt, eine Ausnahme mache. Dagegen spricht, daß eine solche Regel aus der Natur des Besitzes schlechterdings nicht gefolgert werden kann, und auch der Unterschied zwischen der Verbindung mit unbeweglichen und beweglichen Sachen in Absicht auf den Besitz höchst willkürlich ist. Gewiß ist, die Fortdauer der Usucapion ist in der Stelle als eine Ausnahme hingestellt, sei es nun daß man die Veranlassung dazu in der ganz geringen Zeit, die noch fehlte, oder in der nur losen Verbindung der in der Stelle genannten Materialien finden will[39]). Aber nicht der Besitz ist es, der eigentlich der Regel nach aufhören würde, sondern die Usucapion beweglicher Sachen, da die Materialien durch ihre Verbindung aufhören solche zu sein, und Theile einer unbeweglichen geworden sind, wozu noch dieß kommt, daß, da der Eigenthümer nicht auf Trennung klagen, also die Usucapion nicht unterbrechen kann, es widerrechtlich sein würde, sie zuzulassen. Diese Gründe gegen die Fortdauer der Usucapion (nicht des Besitzes) werden in dem Falle unserer Stelle beseitigt, sei es wegen der Beschaffenheit der Verbindung, auf die sie nicht passen[40]), oder weil es bei einer ganz kurzen Zeit, die noch übrig war, billig schien, den Besitzer zu begünstigen. Aber der Zusatz: si ad usucapionem decem dies superessent, kann noch einen andern Sinn haben; es ist möglich, daß damit nur der Fall eines an den getrennten Materialien schon angefangen gewesenen Usucapionsbesitzes bezeichnet werden sollte. Decem dies bedeutet also nicht eine geringe Zeit, sondern ist nur eine solenne Beispielzahl wie in L. 50 D. de minor. (4. 4). Bedenklicher ist eine andere Stelle, die gerade für die Verbindung zweier beweglichen Sachen, über welche nach der vorigen Stelle kein Streit sein kann, die Fortdauer des Besitzes zu läugnen scheint[41]). Dieß thut sie indessen nur, wenn man die Worte quamvis tunc (oder eam) civiliter non possideas als eine absolute Verneinung des Besitzes versteht; sie können aber auch hypothetisch gebraucht sein, oder es kann das si rotam meam vehiculo aptaveris von einer res furtiva, die also darum der Usucapion entzogen ist, verstanden werden, eine Voraussetzung, die nicht sehr entfernt liegt, da auch Caius bemerkt, daß die Fälle, wo bei beweglichen Sachen dieses Vitium nicht als ein Hinderniß der Usucapion eintrete, die seltneren seien[42]). — Das Resultat also ist: wir verlieren den Besitz einer Sache nicht dadurch, daß sie (nicht integrirender) Theil einer andern von uns besessenen Sache wird, wir besitzen hier also das Ganze und auch den Theil besonders. Indem Jemand dagegen b) eine Sache in Besitz nimmt, ist sein Wille auf das Ganze

---

39) v. Savigny, R. d. B. S. 311. Note 1.

40) Diese Annahme hat weniger für sich, da der in der Stelle gebrauchte Gegensatz: in his quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, zu beweisen scheint, daß der Jurist dort eine vollkommene Verbindung, wodurch die Sachen wirklich unbeweglich geworden sind, voraussetzte.

41) L. 7. §. 1. D. ad exhib. (10. 4.)

42) Caius inst. II. 50.

gerichtet, nicht auf die Theile, und wäre dieß zufällig der Fall, so würde es wenigstens an jeder Verkörperung dieses Willens durch eine Apprehension des Theiles für sich fehlen. Der Besitzer der Sache hat also nicht einen besonderen Besitz der Theile. Dieß wird in unseren Quellen ausdrücklich gesagt[43]). Auch hier will Unterholzner a. a. O. einen Unterschied zwischen unbeweglichen Sachen (von denen zufällig die angeführten Stellen allein reden) und beweglichen machen; bei den letzteren soll man immer auch die Theile besitzen. Das Gegentheil aber folgt, wie angegeben, aus dem Wesen des Besitzes, welches bei der einen Art von Sachen nicht ein anderes ist als bei der andern. Eine andere Frage ist: welchen Einfluß hat die Usucapion des Ganzen auf das Eigenthum an den Theilen, die nicht mit usucapirt sind? Diese Frage fällt eigentlich gar nicht in die Theorie des Besitzes, sondern in die des Eigenthumes. Der dessen Sachen mit einer fremden Hauptsache als nicht integrirende Theile verbunden worden sind, verliert dadurch nicht das Eigenthum daran, der Eigenthümer der Hauptsache ist nicht nothwendig Eigenthümer der mit ihr verbundenen Sachen, und dasselbe gilt auch von dem, welcher Eigenthümer durch Usucapion geworden ist[44]). Dieß setzt aber voraus, daß eine Sache mit einer fremden Sache verbunden ist, also Theil und Sache im Eigenthume Verschiedener sind. Außerdem gilt vielmehr der Grundsatz: der Eigenthümer der Sache ist auch Eigenthümer der Theile, sein Eigenthum an diesen beginnt als ein besonderes mit der Absonderung derselben, wodurch sie selbstständige Sachen werden, und in demselben Verhältnisse befindet sich natürlich der, welcher das Eigenthum durch Usucapion erworben hat[45]).

9) Erwerb des Besitzes überhaupt. Der Erwerb des Besitzes beruht darauf, daß in einer Person die beiden Elemente, aus denen er besteht (corpus und animus), hervorgebracht werden, apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore[46]). Beide können in ihrer Entstehung zusammenfallen, d. h. der animus ist schon vorhanden, wenn das corpus entsteht. Aber das corpus kann auch schon vorher existiren und nachher erst der animus hinzukommen, durch welchen sodann der Besitz hervorgebracht wird. Dieß ist möglich für die Erwerbung des natürlichen Besitzes, wie wenn eine Sache in meiner Gewalt sich befindet, ohne daß ich etwas von ihr weiß; denn auch bei der Detention ist dieses Bewußtsein von der Sache erfoderlich. Insonderheit aber kann es bei dem Erwerbe des juristischen Besitzes geschehen, indem Jemand natürlicher Besitzer ist und durch die nachherige Annahme des animus domini juristischer wird[47]). Wenn daher

---

43) L. 23. pr. §. 2. D. de usurp. L. 2. §. 6. D. pro emtore. (41. 4.)
44) L. 23. §. 7. D. de R. V. (6. 1.)
45) Vergl. Savigny R. d. B. S. LXVIII flg.
46) L. 3. §. 1. h. t.
47) L. 3. §. 3. h. t.

dem natürlichen Besitzer von dem juristischen der juristische Besitz tradirt werden soll, so geschieht diese Tradition, ohne Uebertragung des corpus, in welchem sich ja der Empfänger schon befindet, durch die bloße Erklärung, daß der letztere den Besitz haben solle, sofern dieser damit übereinstimmt[48]). Man nennt dieß brevi manu traditio. — Der Besitz kann einseitig (durch Occupation), oder durch Mitwirkung des bisherigen Besitzers erworben werden, mit dessen Willen der Besitz an den Erwerber kommt (durch Tradition), von Seiten des Erwerbers aber ist in beiden Fällen dasselbe erfoderlich. Die Erwerbung ist also nicht eine verschiedene bei der Occupation und der Tradition, der Unterschied ist nur der, daß bei der letzteren die Erwerbung von dem bisherigen Besitzer gestattet wird, und der Erwerber den Besitz als einen von dem Tradenten übertragenen erwirbt. Es liegt denn auch in der Tradition keine Succession in den Besitz, nicht der Besitz des Tradenten ist es, den der Empfänger erwirbt, sondern ein neuer, der als Besitz von jenem ganz unabhängig ist, sowie, wenn ich an einen Ort trete, indem mir ein Anderer, der bisher dort gestanden hat, Platz macht, man nicht sagen kann, mein Stehen auf diesem Flecke sei das seinige, das auf mich übergegangen wäre. Die Eigenschaft des Tradenten als Auctors bezieht sich also nicht auf den Besitz, und ist daher auch von der Uebertragung desselben unabhängig[49]). Ob also der Besitz durch Occupation oder Tradition erworben ist, das modificirt nicht die Erwerbung des Besitzes, die immer dieselbe ist, sondern es betrifft den Grund der Erwerbung. Der Grund der Erwerbung, und namentlich daher beim juristischen Besitze der Umstand, auf welchen sich der animus domini gründet, heißt causa possessionis. Sie hat eine besondere Wichtigkeit für die Usucapion als Usucapionstitel; für die Interdicte ist sie insoweit von Bedeutung, als davon die exceptio vitiosae possessionis abhängt; endlich kommt sie zuweilen bei der Eigenschaft des Besitzers als Beklagten zur Sprache, namentlich bei der hereditatis petitio, welche nicht gegen jeden Besitzer geht, sondern eine gewisse causa possessionis, oder die Abwesenheit aller causa bei ihm voraussetzt. In allen diesen Beziehungen, besonders in der ersten und dritten, ist zu wissen, daß die causa nicht von dem bloßen Willen des Besitzers abhängt: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[50]); eine Frau z. B., die eine Sache vom Manne geschenkt erhalten hat, kann sich nicht willkürlich eine andere causa wählen, die ihr etwa vortheilhafter wäre. Dieß ist so sehr etwas sich von selbst Verstehendes, daß die römischen Juristen die Regel meistens nur in solchen Fällen erwähnen, die man versucht sein könnte fälschlich unter die Regel zu stellen. Diese Fälle, die nicht

---

48) L. 9. §. 5. D. de adqu. dom. (41. 1.) L. 9. §. 1. D. de public. (6. 2.) L. 9. §. 9. D. de reb. cred. (12. 1.) L. 62. pr. D. de evict. (21. 2.)

49) Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit L. 21. §. 1. D. de adqu. dom. (41. 1.)

50) L. 3. §. 19. h. t.

unter die Regel gehören, sind folgende: 1) wenn die Veränderung der causa durch ein Rechtsgeschäft geschieht, das eine neue causa hinzufügt, z. B. es kauft Jemand die Sache, die ihm früher ungiltig geschenkt worden ist[51]); 2) ebenso wenig ist es eine blos subjective mutatio causae, wenn Jemand den Besitz aufgibt und ihn neu erwirbt[52]); endlich 3) wenn der bisherige natürliche Besitzer den animus domini annimmt, so kann man dieß nicht eine Veränderung der causa possessionis nennen, da er bisher gar keine (eigentliche) possessio hatte[53]). Dieser letzte Fall hat nun aber eine bedeutende Ausnahme. Während nämlich nach altem Rechte Jedermann Sachen aus einer Erbschaft, ehe der Erbe Besitzer davon geworden war, pro herede in Besitz nehmen und in einem Jahre usucapiren konnte (lucrativa pro herede usucapio), sollte dieß nicht von einem natürlichen Besitzer geschehen können[54]). Für diesen Fall erhielt also unsere Regel eine ausgedehnte Bedeutung, in der sie sich nicht von selbst verstand, weshalb sie gerade hier mit einem besonderen Nachdrucke erwähnt wird.

10) Apprehension. Der Besitz ist von einer Person erworben, wenn beide Elemente desselben sich bei ihr vereinigen. Wir beginnen mit dem corpus. Der Erwerber muß in das körperliche Verhältniß zur Sache kommen; der Act, wodurch dieß geschieht, heißt Apprehension. Vor Savigny war eine Theorie über die Apprehension herrschend, welche theils innerlich unhaltbar, theils mit den Aussprüchen unserer Quellen in entschiedenem Widerspruche war: die Apprehension geschehe durch körperliche Berührung der Sache, bei beweglichen Sachen durch Ergreifen derselben, bei Grundstücken durch Betreten. Dieß sei die Regel, freilich aber habe diese Regel ihre Ausnahmen; zuweilen nämlich könne der Besitz durch symbolische Handlungen erworben werden, durch eine fingirte Apprehension; dahin gehöre z. B. wenn die römischen Juristen der Ueberreichung der Schlüssel zu dem Behältnisse, worin sich die Sache befindet, ferner dem Gelangen der Sache in unsere custodia die Wirkung der Apprehension beilegen, und so wurden auch symbolische Handlungen des deutschen Rechts, wie z. B. Ausschnitt eines Spans, Ausstich des Rasens und dergl. hierher bezogen. Diese Theorie ist nie erwiesen worden, namentlich ist von symbolischen Handlungen in unserem Rechte beim Besitze nirgends die Rede. Savigny hat zuerst die Grundsätze aufgestellt, welche ebenso dem geschriebenen Rechte als dem Wesen der Sache allein gemäß sind, und dadurch die alte Lehre so entschieden verdrängt, daß an ihrer Unrichtigkeit jetzt nicht mehr gezweifelt wird. — Die Apprehension besteht in einem körperlichen Acte, wodurch der Zustand der physischen Gewalt über die Sache

---

51) L. 33. §. 1. D. de usurp. (41. 3.) L. 1. §. 3. D. pro don. (41. 6.) L. 6. §. 3. D. de precar. (43. 26.) Vgl. L. 3. §. 4. h. t.
52) L. 19. §. 1. h. t.
53) L. 3. §. 20. h. t.
54) L. 2. §. 1. D. pro her. (41. 5.)

hervorgebracht wird. Der Besitz ist apprehendirt, sowie der Erwerber in die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gekommen ist, mit anderen Worten, wenn man sagen kann, daß die Sache factisch in seiner Gewalt sei. Körperliche Berührung der Sache ist theils nicht immer hinreichend, da sie uns nicht immer in jenes Verhältniß der Beherrschung der Sache bringt, (wie z. B. Niemand von dem, der in einem Gemache des Hauses eingesperrt ist, sagen wird, daß er das Haus besitze), theils ist sie nicht nothwendig, da das Resultat der factischen Gewalt auch auf andere Art hervorgebracht werden kann. So wenn ein von mir erlegtes wildes Thier vor mir liegt, oder mir die Schlüssel zu dem Behältnisse, worin sich die Sache befindet, überliefert werden, vorausgesetzt, daß es in Gegenwart des Behältnisses geschieht, da, wenn es in der Entfernung geschähe, jene gegenwärtige Möglichkeit der ausschließlichen Einwirkung dadurch nicht würde hervorgebracht werden [55]). Ebenso, wenn der Besitzer eines Grundstücks mich in dasselbe, welches vor uns liegt, einweist, ohne daß ich es betrete, oder wenn ich dem, welcher mir eine bewegliche Sache tradiren will, heiße, sie vor mich hinzulegen, für welchen Fall der Ausdruck longa manu traditio vorkommt [56]). So ist es also nicht die körperliche Berührung, welche uns in jenes Verhältniß zur Sache setzt, aber die körperliche Gegenwart ist in allen diesen Fällen ein Erfoderniß seiner Entstehung, also der Apprehension. Nicht einmal diese Gegenwart indessen ist für eine wesentliche Voraussetzung der Apprehension zu halten, sofern das Resultat der factischen Gewalt auf andere Art erreicht werden kann. Ich apprehendire den Besitz dadurch, daß die Sache in meinen Gewahrsam, in meine custodia gebracht wird [57]). Dieser Gewahrsam setzt nicht immer Gegenwart voraus: das, was sich in einem Hause, welches ich inne habe, befindet, ist in meiner custodia, auch wenn ich nicht gegenwärtig bin, und daher kann der Besitz dadurch erworben werden, daß eine Sache in das Haus des Erwerbers mit dessen Wissen gebracht wird [58]). Dieß läßt sich nicht anwenden auf eine in einem Grundstücke vergrabene Sache; der Besitzer des Grundstücks ist nicht im Besitze des Schatzes, auch wenn er von dessen Existenz die bestimmteste Kenntniß hat, denn es fehlt an der custodia, durch welche die factische Gewalt über die Sache hergestellt werden kann [59]).

11) Animus. Zu der Apprehension muß, wenn der Besitz erworben werden soll, der animus possidendi hinzukommen, der Wille, die Sache zu haben. Dieses Erfoderniß ist so zu bestimmen, daß der Wille nicht blos überhaupt auf die Sache, sondern auf das Haben und Behalten derselben gerichtet sein muß. Dieß gilt für jeden, auch

---

55) L. 74. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 21. h. t.
56) L. 18. §. 2. eod. L. 79. D. de solut. (46. 3.)
57) L. 51. in f. h. t.
58) L. 18. §. 2. h. t.
59) L. 15. D. ad exhib. (10. 4.) L. 3. §. 3. L. 44. pr. h. t.

für den natürlichen Besitz; bei dem juristischen muß dieser Wille überdieß darauf gehen, die Sache vollständig für sich zu haben, so weit nicht von einem Falle des abgeleiteten Besitzes die Rede ist (s. oben §. 6). Wer daher eine Sache nur aufnimmt, um sie nach geschehener Besichtigung sofort wieder von sich zu thun, ist nie Besitzer derselben, weder natürlicher noch juristischer, gewesen. Personen nun, welche jenes bestimmten und beharrlichen Willens nicht fähig sind, können auch nicht Besitz erwerben. Dieß gilt namentlich 1) von juristischen Personen, die, wie überhaupt kein natürliches Dasein, so auch keinen Willen haben. Wo die juristische Persönlichkeit an einen Güterinbegriff, wie bei der hereditas iacens, geknüpft ist, leidet dieß ohnehin keinen Zweifel; aber auch bei einer juristischen Person, deren Subject ein Ganzes von mehreren natürlichen Personen ist, gilt es, denn nicht die natürlichen Personen, sondern die universitas derselben, die Idee ihrer Vereinigung ist das Subject der Persönlichkeit. Der Wille aller Glieder einer Corporation wäre immer der Wille der Einzelnen, nicht aber (natürlich betrachtet, und abgesehen von einer juristischen Fiction, vermöge deren z. B. ein verfassungsmäßiger Beschluß als Corporationswille gilt) der Wille des (unsichtbaren) Ganzen. Eben so ist es gewiß, daß 2) Wahnsinnige des Willens und damit der Fähigkeit des Besitzerwerbes entbehren[60]); nicht weniger 3) Personen, deren allzu jugendliches Alter sie von der Fähigkeit jenes plenus animi affectus ausschließt, also Kinder. Die infantes werden für eben so handlungsunfähig geachtet, als Wahnsinnige. Für die meisten Fälle, wo sie im Rechte zur Sprache kommt, ist die infantia auf das Alter unter sieben Jahren gesetzt, und diese feste Bestimmung der Kindheit dürfen wir ohne Zweifel als die Regel betrachten: eine Regel aber, die nicht ohne Ausnahme ist; wie z. B. Kinder einer Stipulation fähig sein sollen, wenn sie nur die Worte sprechen können, wären auch die Jahre noch nicht gekommen, wo ihnen eine Einsicht in den Act zugetraut werden kann[61]). Eine Ausnahme von jener allgemeinen Bestimmung müssen wir auch für den Besitzerwerb annehmen. Es handelt sich hier darum, ob ein natürliches Erfoderniß existirt, und diese Frage ist denn auch auf dem natürlichen Wege, nicht durch eine juristische Regel zu entscheiden. Ob also Jemand wegen seiner infantia des Besitzerwerbes unfähig ist, wird nicht schlechthin nach der Zahl seiner Jahre, sondern nach der wirklichen Ausbildung seines Willensvermögens beantwortet werden müssen. Der Grundsatz, welchen wir nun so bestimmt haben: wem seines Alters wegen entweder überhaupt kein Wille, oder wenigstens nicht jener entschiedene, wie er zum Besitzerwerbe gehört, zugeschrieben werden kann, der ist dieses Erwerbes nicht fähig, — dieser Grundsatz hat eine Modification dadurch erfahren, daß ein Kind tutore auctore soll

---

60) L. 18. §. 1. h. t.
61) L. 1. §. 13. D. de obl. et act. (44. 7.) L. 6. D. rem. pup. (46. 6.)

Besitz erwerben können[62]), ja der Erwerb durch Tradition wird ihm sogar, ohne daß der Autorität des Vormundes dabei gedacht ist, in einer Stelle zugeschrieben[63]). Die Meinungen sind sehr getheilt, sowohl über die nähere Bestimmung dieser Modificationen, als über ihren inneren Grund[64]). Am unverfänglichsten ist es, sich hier möglichst nahe an die Natur der Sache anzuschließen, also sich so wenig als möglich von den natürlichen Erfodernissen des Besitzerwerbes zu entfernen. Bei einem Kinde, dem wir Willen überhaupt nicht gänzlich absprechen, aber doch nicht jenen entschiedenen beharrlichen Willen, der auf der Einsicht in den Werth und die Bedeutung des Gegenstandes vornämlich beruht, zuschreiben können, läßt sich eine wenn auch nicht vollständige, doch wenigstens annähernde Hervorbringung jener Willensrichtung durch den bestimmenden Einfluß eines Andern auf sein Gemüth denken. Diese Wirkung kann die natürliche Autorität des Vormunds haben, der das Kind anweist, eine Sache in Besitz zu nehmen, aber sie läßt sich auch von Seiten des Tradenten denken, welcher dem Kinde eine Sache schenkt und es z. B. anweist, sie zu nehmen und wohl zu bewahren. Hat das Kind unter diesem Einflusse die Sache mit einem dem plenus animi affectus nahe kommenden Willen apprehendirt, so soll der Besitzerwerb angenommen werden, wenn gleich sein Wille auch hier nicht vollständig mit dem eines Erwachsenen verglichen werden kann, und dieß ist der Sinn der beiden angeführten Stellen. Daß die auctoritas tutoris in der ersten Stelle nicht ihre sonstige juristische Bedeutung eines Supplements für einen Mangel juristischer Handlungsfähigkeit hat, ist außer Zweifel; nach der vorgetragenen Ansicht aber hat sie hier einen analogen, nur natürlichen Character, den einer factischen Ergänzung des aus natürlichen Gründen unvollkommenen Willens.

12) Erwerb durch Stellvertreter. Der Besitz kann durch Repräsentanten erworben, d. h. der Act der Erwerbung kann von einem Andern für uns mit der Wirkung vorgenommen werden, wie wenn wir ihn selbst vorgenommen hätten. Und dieß kann nicht blos durch solche Personen geschehen, welche durch eine Gewalt, die wir über sie haben, in einem nothwendigen Repräsentationsverhältniß zu uns stehen, sondern auch durch solche, deren Repräsentantenverhältniß zu uns ein freies, z. B. durch einen Auftrag, oder was dessen Stelle vertritt, begründetes ist[65]). Dieser Erwerb beruht auf folgenden Erfodernissen. Von Seiten des Repräsentanten muß die Apprehension erfolgen, wir erwerben den Besitz, indem er in das körperliche Verhältniß zur Sache kommt. Aber auch sein Wille muß dabei, und zwar muß dieser darauf gerichtet sein, nicht für sich, sondern für uns, also alieno nomine zu apprehendiren[66]). Hätte der Repräsentant die Absicht, für

---

62) L. 32. §. 2. h. t.
63) C. 3. C. eod. (7. 32.)
64) Vgl. v. Savigny R. d. B. S. 284—297.
65) L. 41. D. de usurp. (41. 3.)
66) L. 1. §. 20. h. t.

sich zu erwerben, so würde er nicht als Repräsentant eines Andern handeln und daher auch nicht diesem erwerben. Dieser Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme 1) bei den nothwendigen Repräsentanten, d. h. bei denen, die es durch ein Gewaltverhältniß sind [67]). Der Sclave erwirbt dem Herrn, in dessen Besitz er ist, der filiusfamilias dem, in dessen väterlicher Gewalt er sich befindet, den Besitz, auch wenn er ihn suo nomine apprehendirt hätte, so weit nämlich bei dem Letztern der Erwerb unter die Fälle gehört, in welchen auch noch im neueren Rechte der Grundsatz des nothwendigen Erwerbes des Vaters durch den Sohn gilt, mithin wo der Sohn ex re patris etwas erwirbt, ohne daß der Erwerb zu den bona castrensia gehört. Also wenn der Vater dem Sohne etwas gibt, oder dieser mit einem Gute jenes etwas sich verschafft, so ist der Vater Besitzer, welches auch der Wille des Sohnes dabei gewesen sein möge. Nur dann erwirbt der Gewalthaber den Besitz nicht, wenn der Unterworfene weder für ihn, noch für sich, sondern für einen Andern zu erwerben die Absicht hat [68]). Das Erfoderniß des Willens, für den Repräsentirten zu erwerben, gilt also nur für die Repräsentanten, die es mit ihrem Willen und daher dadurch sind, daß sie sich als solche geriren. Aber auch für diese besteht eine Ausnahme 2) bei der Tradition. Wenn nämlich der Tradent die Absicht hatte, in der Person des Repräsentanten dem Repräsentirten den Besitz zu übertragen, so wird dieser Besitzer, in welcher Absicht auch jener den Besitz apprehendirt hätte [69]). — Aber der Erwerb durch Stellvertreter geschieht nicht durch den Stellvertreter allein, auch von Seiten des Erwerbers ist etwas dazu erfoderlich, und dieß ist der animus possidendi. Possessionem adquirimus animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno [70]). Der Erwerber also muß den Willen haben, daß der Repräsentant für ihn Besitz erwerbe, daher wenn er nichts davon weiß, erwirbt er den Besitz nicht: ignoranti possessio non adquiritur. Dieß ist aber nicht so zu verstehen, als wäre die Kenntniß der von dem Stellvertreter wirklich geschehenen Apprehension erfoderlich, vielmehr ist es hinreichend, wenn nur die Apprehension mit dem Willen, also auf den Auftrag oder Befehl des Erwerbers geschieht; der Erwerb geht dann in dem Augenblicke der Ausführung durch den Repräsentanten vor sich, auch noch ehe jener davon Kenntniß erhalten hat. In diesem Sinne kann man also auch sagen, daß ignoranti possessio adquiritur [71]). Nur um durch diesen Besitz in conditionem usucapiendi zu kommen, ist das Wissen von der Apprehension des Stellvertreters nöthig, die Usucapion beginnt erst von der Zeit, wo der Erwerber dieses Ereigniß in

---

67) L. 15. 40. pr. h. t.

68) L. 1. §. 19. h. t.

69) L. 13. D. de donat. (39. 5.) womit einige andere Stellen, die man auf den ersten Anblick für widersprechend halten könnte, sich sehr wohl vereinigen lassen, vergl. Savigny a. a. O. S. 353. Note 1.

70) Paulus sent. rec. V. 2. 1.

71) L. 13. pr. D. de adqu. dom. (41. 1.) C. 1. C. h. t.

Erfahrung gebracht hat[72]). Aus jener Nothwendigkeit des animus possidendi bei dem Erwerber folgt, daß wenn dem Repräsentanten kein Auftrag zur Apprehension dieser Sachen gegeben worden ist (wie z. B. bei einem procurator omnium bonorum), oder wenn ein negotiorum gestor für den dominus apprehendirt, der Besitz für den Letzteren erst erworben ist, wenn er die Handlung des Stellvertreters ratihabirt hat[73]). Dagegen ist zu diesem animus possidendi nicht erfoderlich, daß dem Mandanten die individuelle Beschaffenheit der Sache bekannt gewesen sei. Der animus possidendi kann auf die Sache gerichtet sein, die der Procurator apprehendiren würde, z. B. es ist ihm ein Einkauf aufgetragen, und dabei die Wahl der Species aus einer gewissen Gattung überlassen. Die Apprehension setzt immer das Bewußtsein der bestimmten Sache voraus, und hierauf bezieht sich L. 3. §. 2. h. t.; daher muß der Repräsentant dieses Bewußtsein haben, nicht aber der Mandant, dessen animus possidendi sehr wohl jene Richtung auf ein erst durch die Wahl des Procurators zu bestimmendes Individuum haben kann[74]). Auch darauf bezieht sich die Aeußerung, daß per procuratorem possessio ignoranti adquiritur. — Von der bisher dargestellten Regel, daß der Besitz nicht ohne den animus possidendi des Erwerbers diesem erworben werden könne, sind einige Ausnahmen entstanden: 1) der Wille des Erwerbers ist der Regel nach nothwendig, der Repräsentant mag eine selbstständige, oder eine seiner Gewalt unterworfene Person sein. In dem letzten Falle aber tritt eine Ausnahme ein, wenn der Unterworfene von dem Gewalthaber ein Peculium erhalten hat, und in Beziehung auf dieses, peculiari nomine, Besitz erwirbt. Dieser Besitz wird dem Gewalthaber erworben, auch wenn er gar nichts von dem Erwerbe weiß, also ohne seinen Willen, es wird also hier schon dem allgemeinen Willen, der in der concessio peculii liegt, diese Wirkung beigelegt[75]). 2) Juristische Personen können durch Stellvertreter Besitz erwerben. Da sie eines Willens nicht fähig sind (s. oben §. 11), so erwerben sie also stets ohne animus, auch durch freie Stellvertreter; wäre ihnen dieß nicht nachgelassen, so würden sie niemals Besitz erwerben können[76]). Endlich ist 3) festgesetzt, daß Vormünder für ihre Mündel ohne deren animus sollen Besitz erwerben können; die Bestellung als Vormund soll hier die Wirkung eines speciellen Auftrags haben[76a]). In allen diesen Fällen wird nicht blos der juristische Besitz überhaupt ignoranti erworben, sondern auch der Usucapionsbesitz[77]).

---

72) C. 1. C. cit. L. 47. D. de usurp. (41. 3.) L. 49. §. 2. h. t.
73) L. 42. §. 1. h. t. L. 24. D. de negot. gest. (3. 5.)
74) L. 34. §. 1. h. t. deren Entscheidung nur aus dem Satze des Textes sich erklärt.
75) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. h. t.
76) L. 1. §. 22. L. 2. h. t. L. 7. §. 3. D. ad exhib. (10. 4.)
76a) L. 13. §. 1. D. de adqu. dom. (41. 1.) L. 1. §. 20. h. t.
77) L. 31. §. 3. L. 47. D. de usurp. (41. 3.) L. 7. §. 3. ad. exhib. (10. 4.)

13) Constitutum possessorium. Es kann Jemand, den animus possidendi bei ihm vorausgesetzt, den Besitz dadurch erwerben, daß der bisherige Besitzer ihn als Besitzer, sich dagegen als Detentor in seinem Namen erklärt. So z. B. wenn der bisherige Besitzer die Sache verkauft hat, oder verschenkt, wird die Sache als tradirt betrachtet, sowie er sie als Pächter, oder als Usufructuar, wenn er sich den Nießbrauch vorbehalten hat, zu haben anfängt, oder auch nur sonst erklärt, daß er sie für den Käufer ꝛc. inne haben wolle[78]). Diese Besitzübertragung, die geschieht, ohne daß der Empfänger selbst in das körperliche Verhältniß zur Sache kommt, hat man mit einem nichtrömischen Ausdrucke constitutum possessorium genannt und für eine Singularität, für den Fall eines fingirten Besitzes gehalten. Daher hat man auch wohl behauptet, dieser Besitzerwerb dürfe nur in den besonderen Fällen angenommen werden, welche in unseren Quellen als Beispiele ausdrücklich vorkommen. Dem ist aber in der That nicht so, dieser Besitzerwerb ist ganz der Regel gemäß[79]). Es ist nämlich ein gewöhnlicher Erwerb durch einen Repräsentanten, nur mit dem Unterschiede, daß der Stellvertreter nicht von einem Dritten, sondern von sich selbst im Namen des Erwerbers den Besitz übernimmt. Der Besitz wird corpore alieno erworben, und der Unterschied von anderen Fällen ist nur der, daß es keiner besonderen Apprehension durch den Repräsentanten mehr bedarf, da er schon im Besitze ist[80]). Es ist eine umgekehrte brevi manu traditio; wie bei dieser der bisherige natürliche Besitzer in einen juristischen, so wird bei dem Constitutum der juristische Besitzer in einen natürlichen verwandelt. — Als einen Fall dieses Constitutum will Savigny den Satz gelten lassen, daß bei der societas omnium bonorum durch den bloßen Vertrag alle Sachen, die den socii gehören, in das Miteigenthum derselben übergehen, wie wenn sie tradirt worden wären[81]). Während der römische Jurist blos sagt: licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire, sieht Savigny die Tradition als geschehen, den Besitz als erworben an. In der That aber steht in jenen Stellen kein Wort davon, daß die socii außer dem Miteigenthume auch den Besitz erwerben, und dadurch fällt die Frage, wie dieser Besitzerwerb zu denken sei, selbst weg. Ebenso könnte man versucht sein, einen unregelmäßigen Besitzerwerb in folgenden beiden Fällen anzunehmen. Der Mündel wird, wenn er dieß will, als Eigenthümer der mit seinen Mitteln von dem Vormunde für sich angeschafften Sachen behandelt[82]), und dasselbe Recht hat der Soldat in Beziehung auf die mit seinem Gelde von

---

78) L. 77. D. de R. V. (6. 1.) C. 28. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.)

79) v. Savigny R. d. B. §. 27.

80) L. 18. pr. h. t.

81) L. 1. §. 1. L. 2. D. pro soc. (17. 2.)

82) L. 2. D. quando ex facto tut. (26. 9.)

irgend Jemand erworbenen Sachen [83]). Haben nun diese unfreiwilligen Repräsentanten durch Tradition erworben, so könnte man denken, daß sie wider ihren Willen dem Mündel oder dem Soldaten, wie das Eigenthum, so auch den Besitz erworben hätten. Aber auch hier sind wir nicht berechtigt, was unsere Quellen von dem Erwerbe des Eigenthumes festsetzen, ohne Weiteres auf einen Besitzerwerb auszudehnen und also einen solchen willkürlich zu fingiren, wo er der Regel des Rechts nach nicht stattfindet.

14) Verlust des Besitzes. Man besitzt nicht blos corpore, und nicht blos animo, sondern durch eine Verbindung dieser beiden Momente des Besitzes. So lange diese Verbindung dauert, dauert auch der Besitz, wird sie aufgehoben, so geht der Besitz verloren. Dauert das corpus fort, aber der animus ist aufgehoben, so muß der Besitz verloren sein, da er nicht blos in dem corpus besteht, und ebenso umgekehrt. Natürlich betrachtet müßte der Besitz als verloren angesehen werden, sowie ein Moment eintritt, in welchem wir die bewußte physische Gewalt nicht als eine gegenwärtige haben. Wir hätten den Besitz corpore verloren, sowie wir z. B. aus dem Grundstücke uns entfernen, ohne einen Stellvertreter zurückzulassen, oder eine bewegliche Sache außer unserer custodia sich befindet, überhaupt sowie wir nicht in dem Verhältnisse zur Sache stehen, wie es oben für den Erwerb des Besitzes als nothwendig erklärt worden ist. Ebenso würde der Besitz animo aufhören, sowie ein Moment einträte, wo wir uns der Sache nicht mehr bewußt sind, überhaupt wir den bestimmten Willen nicht haben, wie er für den Erwerb des Besitzes erfoderlich ist. Durch diese rein natürliche Theorie würde aber der Besitz aufhören, etwas Juristisch-practisches zu sein. Die Fortdauer des Besitzes wäre etwas ganz Unsicheres, wir würden keinen Besitz retiniren können. Es muß schon unthunlich sein, das corpus in Beziehung auf alle Sachen, die Jemand besitzt, so zu erhalten, wie es in dem Momente des Anfangs war, aber wenn dieß auch durch einen großen Aufwand von zwecklosen Mühen und Kosten erreicht würde, so würde doch Niemand im Stande sein, seinen Willen fortwährend auf alle seine Sachen zu richten, und jedenfalls würde ihn jeder Schlaf, in den er fällt, des Besitzes aller seiner Sachen berauben. Deshalb war es unumgänglich nothwendig, anzunehmen, daß der Besitz zwar animo und corpore verloren wird, aber erst dann, wenn das Gegentheil von dem, wie diese Momente bei dem Erwerbe gestaltet sein müssen, eingetreten ist. Insoweit ist der Grundsatz von den Rechten, welche, einmal erworben, auch fortdauern, wenn gleich der Grund des Erwerbes nicht mehr fortbesteht, auch auf den Besitz angewendet worden. Dieß sagt L. 153. D. de R. J. (50, 17) mit den Worten — quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus; ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in

---

83) C. 3. C. de R. V. (3. 32.)

qua utrumque in contrarium actum — in welcher Stelle also keineswegs der ohnedieß undenkbare Satz ausgesprochen ist, es werde der Besitz erst dann verloren, wenn beide Momente desselben zugleich wegfallen[84]). — Erstens ist zur Fortdauer des Besitzes nicht nothwendig, daß der Besitzer fortwährend in dem körperlichen Verhältnisse zur Sache bleibe, wie es beim Erwerbe war, genug wenn nicht das Gegentheil davon eintritt; corpore ist also der Besitz dann erst verloren, wenn die ausschließende Einwirkung auf die Sache dem bisherigen Besitzer wirklich entzogen, wenn es ihm also unmöglich ist, sich beliebig wieder in den Zustand der gegenwärtigen factischen Herrschaft zu versetzen[85]). Dieß ist der Fall, wenn ein Anderer sich der Sache bemächtigt hat, aber auch außerdem, wenn die Sache verloren geht, so daß sie nicht wieder gefunden werden kann[86]). Dagegen wird durch die bloße Entfernung des Besitzers der Besitz nicht verloren; an dem Pfluge z. B., den der Bauer auf dem Felde hat stehen lassen, setzt er den Besitz fort, ebenso an einem Grundstücke, aus dem er sich entfernt hat, oder welches nur zu gewissen Zeiten betreten zu werden pflegt; man kann hier sagen, der Besitz wird animo retinirt[87]). Umgekehrt kann, ungeachtet der Besitzer sich noch im Grundstücke befindet, derselbe die Herrschaft darüber und damit den Besitz verloren haben, wie wenn er von dem, der sich des Besitzes bemächtigt, darin gefangen gehalten wird[88]). Das ist klar, daß wir bewegliche Sachen, die in unserer custodia sind, besitzen, da hier das corpus sogar vollständig, wie es für den Anfang erfoderlich ist, fortdauert und es schadet hier nichts, daß der Besitzer die Sache, die sich in seinem Hause befindet, nicht sogleich finden kann[89]). Bei wilden Thieren kann jene Möglichkeit der Wiederherstellung des körperlichen Verhältnisses begründet sein und daher der Besitz derselben fortdauern, durch einen fortwährenden Einfluß auf die Seele oder auf den Körper des Thieres. Jenes ist der Fall bei gezähmten Thieren, auch wenn sie frei sind, der Besitz wird verloren, wenn sie diese innere Fessel abwerfen, z. B. an Bienen, wenn sie die consuetudo revertendi abgelegt haben[90]). Außerdem setzt die Fortsetzung des Besitzes voraus, daß sie in Gewahrsam gehalten werden, doch ist auch, wenn sie daraus entronnen sind, der Besitz so lange nicht verloren, als sie der Besitzer im Gesicht und ihre Wiedererlangung keine Schwierigkeit hat[91]). Im Gewahrsam sind aber nicht Thiere, welche in einem Parke, oder Fische, die sich in einem Teiche befinden[92]). Etwas Singuläres ist für den Besitz an Grund-

---

84) v. Savigny a. a. O. §. 30.
85) L. 3. §. 13. h. t.
86) L. 3. §. 13. cit.
87) L. 3. §. 11. h. t.
88) L. 1. §. 47. D. de vi. (43. 16.)
89) L. 3. §. 13. cit.
90) L. 3. §. 16. h. t. L. 5. §. 5. D. de adqu. dom. (41. 1.)
91) L. 3. §. 2. L. 5. pr. eod.
92) L. 3. §. 14. h. t.

stücken eingeführt. Dieser soll nicht wie der an beweglichen Sachen schon dadurch, daß sich ein Anderer derselben bemächtigt, verloren sein, es ist dazu auch das Bewußtsein des Besitzers von der fremden Apprehension erfoderlich. Wenn dieser daher abwesend ist, so verliert er den Besitz nicht eher, als bis er die fremde Occupation in Erfahrung gebracht hat, ohne sofort wieder den Occupanten zu verdrängen [93]). Der aber, dessen Wissen zum Verlust gefodert wird, ist nicht schlechthin der Besitzer, sondern der, welcher den Besitz körperlich ausübt; wenn daher der Pächter, oder wer sonst im Namen des Besitzers die Detention hat, dejicirt wird, so hat der Letztere den Besitz verloren, wenn gleich er nichts davon weiß [94]). — Zweitens ist zur Fortsetzung des Besitzes nicht die Fortdauer des animus possidendi, wie am Anfange, erfoderlich, der Besitz ist animo erst dann verloren, wenn der Besitzer den entgegengesetzten Willen, den animus non possidendi angenommen hat. Auf der andern Seite ist dieser Wille auch für sich allein hinreichend, den Besitz aufzuheben [95]). Wer keinen Willen hat, kann den Besitz nicht animo verlieren, dagegen ist es eine besondere Folge der juristischen Natur des Besitzes, daß ein Pupill, auch wenn er natürlich willensfähig ist, den Besitz nicht aufgeben, also nicht animo verlieren kann (s. oben §. 5 a. E.). Uebrigens muß, damit der Besitz animo verloren werde, der Wille bestimmt auf das Aufgeben des Besitzes gerichtet sein. Wenn der Besitzer daher eine Handlung, die sich mit dem Besitze nicht verträgt, vorgenommen, z. B. die rei vindicatio angestellt hätte, so hat er dadurch nicht schon den Besitz verloren, da jenes aus einem andern Grunde, als weil er ihn aufgeben wollte, geschehen sein kann [96]).

15) Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter. Sowie der Besitz durch Stellvertreter erworben werden kann, so kann er natürlich auch durch sie fortgesetzt werden, dadurch also, daß ein Anderer im Namen des Besitzers detinirt, sei es, daß er durch die Gewalt, die der Besitzer über ihn hat, dessen Repräsentant ist, oder daß er frei diese Stellvertretung übernommen hat: als Procurator, Usufructuar, Pächter, Depositar ꝛc. Wie kann nun ein solcher durch einen Stellvertreter fortgesetzte Besitz verloren werden? Der Besitzer selbst kann ihn aufgeben, also animo verlieren, aber da das corpus nicht in seiner Person constituirt ist, so kann er den Besitz nicht dadurch verlieren, daß er aus dem körperlichen Verhältnisse gesetzt z. B. dejicirt wird, während sein Repräsentant noch im Grundstück sich befindet [97]). Dagegen kann der Besitz corpore in der Person des Repräsentanten verloren werden, also wenn dieser in der Art aus dem körperlichen Verhältnisse

---

93) L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. 25. §. 2. L. 46. h. t.
94) L. 1. §. 22. D. de vi. (43. 16.)
95) L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 18. §. 1. h. t.
96) L. 12. §. 1. h. t.
97) L. 1. §. 45. D. de vi. (43. 16.)

gesetzt ist, wie dieses im vorigen §. auseinandergesetzt worden [98]). Der Consequenz nach müßte es gleichgiltig sein, ob dieß ohne oder mit dem Willen des Repräsentanten geschieht, wofern nur jenes Resultat des corpus in contrarium actum wirklich eingetreten, wornach allerdings durch das bloße Verlassen der Sache von Seiten des Repräsentanten, oder durch seinen Tod der Besitz nicht verloren ist, so lange dem Besitzer die Möglichkeit der Reproduction des körperlichen Verhältnisses bleibt[99]). Wenn also ein Dritter in Folge des freiwilligen Aufgebens der Detention durch den Repräsentanten sich der Sache bemächtigt hat, müßte der Consequenz nach der Besitz eben so gut verloren sein, wie wenn derselbe den Repräsentanten wider dessen Willen aus der Detention gesetzt hat, und so wird auch in mehreren Stellen die Sache angesehen[100]). Dagegen ist aber eine andere Ansicht geltend gemacht worden, nach welcher die Treulosigkeit des Repräsentanten dem Besitzer nicht schaden, der Besitz für ihn erst dann verloren sein soll, wenn er dieß auch im Falle der eigenen Ausübung wäre, also bei Grundstücken, wo dieß hauptsächlich einen Unterschied macht, erst dann, wenn der Besitzer die Besitzergreifung des Dritten in Erfahrung gebracht hat [101]). Diese Ansicht hat Justinian bestätigt[102]). Der Besitz kann aber endlich nicht blos durch, sondern auch zugleich an den Repräsentanten verloren werden. Eigentlich müßte dieß geschehen, sobald dieser den animus domini annähme. Dieß wäre aber eine Besitzerwerbung, die gar nicht erkennbar, deren Dasein also juristisch nicht zu constatiren wäre. Deßhalb ist festgesetzt, daß der Verlust des Besitzes an den Repräsentanten eine neue Apprehension von Seiten desselben fodert: bei Grundstücken eine thätliche Behauptung gegen den bisherigen Besitzer, bei beweglichen Sachen eine Bemächtigung, contrectatio, wie sie zur Begehung eines furtum nothwendig ist[103]). — So lange nun keiner dieser Gründe des Verlustes eingetreten ist, wird der Besitz durch den Repräsentanten fortgesetzt. Dieß ist auch der Fall, wenn derselbe den Willen annähme, für einen Anderen zu besitzen, z. B. die Sache verkaufte und von ihm pachtete[104]); eben so wenig ist es von Einfluß, wenn der Repräsentant wahnsinnig wird, also allen Willen verliert [105]), oder wenn das Verhältniß aufhört, wodurch seine Detention ursprünglich begründet worden ist, er z. B. nicht mehr Usufructuar, Pächter u. s. f. ist[106]).

16) Iuris quasi possessio. Nur körperliche Gegenstände können eigentlich besessen, nur bei diesen kann von der factischen Herrschaft über sie gesprochen werden, auf welcher der Begriff des Besitzes

---

98) L. 1. §. 22. eod.
99) L. 3. §. 8. L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. h. t.
100) L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. h. t. L. 33. §. 4. D. de usurp. (41. 3.)
101) L. 3. §. 7. 8. h. t.
102) C. 12. C. h. t.
103) L. 3. §. 18. L. 47. h. t. L. 67. pr. D. de furt. (47. 2.)
104) L. 32. §. 1. h. t.
105) L. 25. §. 1. h. t.
106) L. 60. §. 1. locati. (19. 2.)

beruht[107]). Dessen ungeachtet ist dieser Begriff auch auf Rechte übertragen, ein dem Besitze von Sachen ähnliches Verhältniß zu Rechten ist dem Besitze analog, als Quasibesitz behandelt worden. Wie ist dieß gekommen? Der Besitz hat, wie oben ausgeführt worden, eine doppelte Wirkung: einmal soll der, welcher unter gewissen Voraussetzungen den Besitz eine Zeit lang fortgesetzt hat, als Eigenthümer betrachtet werden, die Ersitzung soll als Erwerbung des Rechtes gelten; sodann soll der Besitzer schon für sich auf einen rechtlichen Schutz im Besitze durch die possessorischen Interdicte Anspruch haben. In Beziehung auf beide Wirkungen entstand dieß Bedürfniß einer analogen Anwendung dieser Grundsätze auf gewisse andere Rechte außer dem Eigenthume. So schien es auch bei Servituten billig, von dem, welcher das Recht lange Zeit ausgeübt hatte, nicht mehr den Beweis einer sonstigen Erwerbung zu fodern, wozu auch der Beweis des Eigenthumes des Bestellers gehört; wie der Erwerber einer Sache, so soll auch der Erwerber einer Servitut durch lange Ausübung seines Rechtes sicher werden. Ebenso erschien es als gerecht, den in der Ausübung einer Servitut Befindlichen gegen Störung zu sichern, bis sein Recht einer richterlichen Untersuchung unterworfen und in Folge dieser als nicht bestehend erkannt worden ist. Indem nun auf diese Art der Ausübung solcher Rechte die Wirkungen des Besitzes beigelegt werden, wird sie selbst als Besitz aufgefaßt und behandelt. Und diese Uebertragung des Begriffes des Besitzes war um so eher möglich, als im Grunde der Besitz an Sachen auch nichts Anderes ist, als die Ausübung eines Rechtes, nämlich des Eigenthumes. Sowie nun die Ausübung des Eigenthumes, so ist auch die Ausübung gewisser anderer Rechte zu einem selbstständigen, von der Existenz des fraglichen Rechtes unabhängigen Rechtsverhältniß geworden, und dieß ist der Quasibesitz. Diese iuris possessio besteht ebenso wie die corporis possessio aus zwei Elementen, die auch hier mit den Ausdrücken corpus und animus bezeichnet werden können. Die Ausübung eines Rechtes enthält einmal ein körperliches Verhältniß, die äußere Handlung oder den äußeren Zustand, wozu das Recht die Befugniß gibt, z. B. das Gehen oder Fahren bei der Wegservitut, das Innehaben der Sache zum Behuf des Genusses bei Personalservituten; zweitens den Willen des Ausübenden. Ist dieser Wille der eines Berechtigten, geschieht also die Ausübung in dem Sinne, das Recht wie ein dem Ausübenden zuständiges auszuüben, so haben wir hier etwas dem animus domini bei der corporis possessio ganz Analoges, während auf der anderen Seite die Ausübung, d. i. die äußere Handlung auch ohne diesen animus sibi habendi sich denken läßt, wie z. B. wenn Jemand über ein fremdes Grundstück geht oder fährt aus Versehen, oder weil er durch die Umstände, etwa um einem momentanen Hindernisse auszuweichen, dazu sich bewogen findet, oder auch wenn er es im Namen eines Anderen thut, dessen Recht er damit ausübt. So ist also auch bei dem Quasibesitze ein juristischer und ein natürlicher zu unterscheiden; diese Begriffe bestimmen

---

107) L. 3. pr. h. t. L. 4. §. 27. D. de usurp. (41. 3.)

sich analog wie bei dem eigentlichen Besitze, und auch von den Wirkungen gilt derselbe Grundsatz, daß sie nur für den juristischen Besitz bestimmt sind[108]).

17) Einzelne Fälle des Quasibesitzes. Die Ausdehnung der Theorie des Besitzes auf die Ausübung anderer Rechte außer dem Eigenthume hat eine in dem Character des Besitzes selbst gegebene Grenze. Soll die Ausübung eines Rechtes als Besitz aufgefaßt werden können, so muß sie eine dauernde sein, nur unter dieser Voraussetzung ist eine Uebertragung der Wirkungen des Besitzes denkbar. Es gibt Rechte, die keine dauernde Ausübung haben, deren volle Ausübung (und diese allein könnte als Besitz aufgefaßt werden) in einen Moment fällt, so daß das Recht in seiner vollen Ausübung selbst untergeht. Dieß ist der Fall bei den Obligationen, ihre volle Ausübung besteht in der Leistung von Seiten des Schuldners, durch diese wird das Recht selbst zerstört. Daher ist ein Besitz an Foderungen unmöglich. Es ist daher ein entschiedener Irrthum, dem von gründlichen Juristen auch stets widersprochen worden ist, wenn Einige geglaubt haben, der Gläubiger sei im Besitze der Foderung dadurch, daß der Schuldner die Zinsen entrichte. Beruht die Foderung auf einer Urkunde, so kann diese, als ein körperlicher Gegenstand, besessen werden, aber selbst wenn die Foderung von der Beschaffenheit ist, daß der jedesmalige Inhaber der Schuldurkunde als Gläubiger betrachtet wird, kann nur von einem Besitze der Urkunde, nicht von einem Besitze der dadurch begründeten Foderung die Rede sein. Ebenso ist das Pfandrecht ein Recht, welchem keine dauernde Ausübung entspricht, da es durch seine volle Ausübung, welche der Verkauf des Pfandes ist, untergeht; es kann also auch keinen Quasibesitz am Pfandrechte geben. — Wenn nun der Quasibesitz nur bei Rechten mit dauernder Ausübung möglich ist, so ist er darum noch keineswegs bei allen diesen Rechten wirklich anzunehmen. Denn er ist immer etwas Uneigentliches, eine Ausdehnung, zu der wir nicht willkürlich zu schreiten befugt sind. Von der einen Wirkung des Besitzes, daß seine Fortsetzung eine gewisse Zeit hindurch als Erwerbung des Rechtes gilt, also von der Ersitzung, ist es ohnehin klar, daß sie nicht willkürlich auf alle solche Rechte ausgedehnt werden kann. Aber auch die andere Wirkung, das Recht der possessorischen Interdicte, der rechtliche Schutz des bloßen Besitzes, darf nicht beliebig Jedem, der irgend ein Recht in Anspruch nimmt, gestattet werden; das römische Recht hat nur da einen solchen Schutz ertheilt, wo sich ein wirkliches Bedürfniß desselben kund gab, in anderen Fällen hat es den Rechtsuchenden lediglich an die petitorischen Rechtsmittel gewiesen. Dieß ist der Fall bei den Rechten der Persönlichkeit (iura status), bei den Rechten an Personen (väterliche Gewalt, Kindesrecht, Ehe) und bei dem Erbrechte, welche Rechte sämmtlich, da sie eine dauernde Ausübung haben, den Begriff des Quasibesitzes nicht absolut ausschließen würden. Als Quasibesitz bestimmen die Römer nur die Ausübung der Servituten und die der Superficies.

---

108) L. 7. D. de itin. (43. 19.)

Man hat zwar den Besitz des Superficiars neuerdings als corporis possessio betrachten, also dem des Emphyteuta gleichstellen wollen, aber mit Unrecht, da die Ausübung der Superficies nur das Gebäude, ohne den Grund und Boden, ergreift, ein Besitz aber an dem einen ohne den anderen nicht möglich ist. Der Superficiar ist daher, wie der Usufructuar, nur Detentor der Sache im Namen des Eigenthümers, aber juristischer Besitzer des Rechtes. — Eine weitere Ausdehnung hat der Quasibesitz durch das canonische Recht und das teutsche Gewohnheitsrecht erhalten. Es wird hier ein Quasibesitz der bischöflichen Gewalt, ferner der Landeshoheit und einzelner darin enthaltener Rechte, sodann der gutsherrlichen Jurisdiction und endlich gewisser eigenthümlicher Rechte anerkannt, die darin bestehen, daß das Recht auf gewisse fortdauernde Prästationen, oder die Pflicht dazu, oder Beides zugleich mit dem Eigenthume oder Besitze von Grundstücken verbunden ist, wohin Grundzinse, Zehnten, Frohnden, Bannrechte gehören.

18) Erwerb des Quasibesitzes. Der Erwerb der iuris quasi possessio ist nach Analogie des eigentlichen Besitzes zu bestimmen. Man hat daher auch bei jenem corpus und animus zu unterscheiden. Der Quasibesitz ist dann als erworben zu betrachten, wenn der Erwerber sich wirklich in der Ausübung des Rechtes befindet. Dahin gehört vor Allem die Richtung des Willens auf das Recht, der animus possidendi; wenn ich z. B. über des Nachbarn Grundstück gehe, so ist dieß noch keineswegs schlechthin eine Ausübung der servitus itineris, denn es kann geschehen, ohne daß an eine solche gedacht wird. Erst wenn ich in dem Sinne gehe, daß ich dieß als ein Recht behaupte, also mein Wille auf die Ausübung des Rechtes gerichtet ist, kann man sagen, daß ich das Recht ausgeübt habe [109]). Zu diesem animus muß sodann als corpus oder Apprehension die wirkliche Vornahme dessen, wozu das Recht, dessen Besitz erworben werden soll, befugt macht, hinzukommen. Was nun zu dieser wirklichen Ausübung gehört, bestimmt sich verschieden nach dem verschiedenen Inhalte der Rechte; nach dem Inhalte des Rechtes, von dem die Rede ist, muß die Frage beantwortet werden, welcher Act als eine vollständige Ausübung des Rechtes, also als Apprehension seines Besitzes betrachtet werden könne. Am meisten der Apprehension des körperlichen Besitzes verwandt, also am Einfachsten ist die Apprehension des Besitzes solcher Rechte, zu deren voller Ausübung die Detention der Sache gehört. Der Quasibesitz wird also hier durch die Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache erworben, vorausgesetzt natürlich den auf die Ausübung des Rechtes gerichteten Willen. Dieß gilt von den Personalservituten und dem Rechte der Superficies. Bei solchen Rechten dagegen, die ohne den natürlichen Besitz der Sache die Befugniß geben, etwas auf ihr vorzunehmen, sei es eine Handlung, wie bei den Wegservituten, oder die Einrichtung einer Anstalt, wie bei der servitus tigni immittendi oder oneris ferendi, wird der Quasibesitz durch die Vor-

---

109) L. 7. D. de itin. (43. 19.) L. ult. D. quemadm. serv. amitt. (8. 6.)

nahme dieser Handlung und Einrichtung dieser Anstalt apprehendirt[110]). Schwieriger ist die Entscheidung bei den Rechten, deren Inhalt darin besteht, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes etwas zu unterlassen hat (den negativen Servituten). Hier ist ein Fall des Besitzerwerbes unbestritten. Wenn mein Gegner die fragliche Handlung vorzunehmen, z. B. sein Haus höher zu bauen beginnt, und er unterläßt es auf mein Verbot, so habe ich den Besitz des Rechtes, z. B. der servitus altius non tollendi erworben[111]). Wie aber kann der Besitz außerdem erworben werden? Offenbar gibt es einen Besitz an solchen Servituten auch außer dem Falle, wo der Gegner den Versuch, das Recht zu verletzen, gemacht und dadurch Veranlassung zu einem Verbote gegeben hat. Die Frage ist die, wann kann man sagen, das Recht wird ausgeübt? Der Zustand der Ausübung ist die Unterlassung der fraglichen Handlung von Seiten des Gegners, aber es muß auch noch der animus von Seiten des Erwerbers hinzukommen, sonst kann man jene bloße Unterlassung des Einen nicht als Ausübung eines Rechtes von Seiten des Anderen betrachten. Dieser animus, der Wille, daß der Gegner die Handlung vermöge unseres Rechtes unterlasse, muß erkennbar sein, sonst würde von keinem Besitzerwerbe die Rede sein können. Erkennbar wird er durch einen Act, welcher diesen Willen gegenüber dem Gegner enthält. Ein solcher Act ist nun einmal jenes Verbot (das indessen ohne einen entgegengesetzten Versuch nicht denkbar ist), sodann aber auch das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut bestellt wird, und welches den Willen des Erwerbers, daß der Gegner die fragliche Handlung unterlasse, enthält. Der Besitz einer negativen Servitut wird also durch das Rechtsgeschäft eingeräumt und erworben, welches, wenn der Besteller Eigenthümer der Sache oder sonst zur Bestellung befugt ist, zugleich das Recht der Servitut überträgt. — Nach der Analogie dieser Grundsätze ist nun auch der Erwerb des Besitzes solcher Rechte zu bestimmen, auf die erst durch das canonische und teutsche Recht der Begriff des Besitzes übertragen worden ist. Eine besondere Erwähnung fodern hier nur noch die, deren Inhalt darin besteht, daß ein Anderer zum Vortheile des Berechtigten etwas thue (quae in faciendo consistunt). Der Besitz eines solchen Rechtes ist erworben, sowie die Leistung von dem im Falle der Existenz des Rechtes dazu Verpflichteten an den in diesem Falle Berechtigten geschieht, und zwar als Leistung, also so daß sowohl der Leistende es in diesem Sinne einer Leistung, zu der er verpflichtet sei, thut, als auch der Empfänger es mit dem gleichen animus der Berechtigung annimmt. Enthält das Recht neben dem Thun noch ein Unterlassen, wie bei den Bannrechten, vermöge deren der Verpflichtete gewisse Bedürfnisse nur von dem Berechtigten, nicht von einem Anderen beziehen soll, so gilt von dem Besitzerwerbe an diesen Rechten dasselbe, was von dem an negativen Servituten. Zum Erwerb des Besitzes ist es also nicht hinreichend, daß der Gegner

---

110) L. 20. D. de servit. (8. 1.)
111) L. 45. D. de damno inf. (39. 2.)

von dem Erwerber und von keinem Anderen, z. B. Bier bezogen hat, oder bei ihm hat mahlen lassen, sondern es muß noch ein Act hinzukommen, in welchem der animus des Erwerbers erkennbar wird. Dieß kann nun, wie bei den negativen Servituten, entweder ein Verbot, dem der Gegner Folge geleistet, oder das Rechtsgeschäft sein, welches die Bestellung eines solchen Rechtes zur Absicht hat.

19) Verlust des Quasibesitzes. Der Quasibesitz kann animo und corpore wie der eigentliche Besitz verloren werden. Animo, durch Aufgeben des Besitzes, durch den Willen nicht mehr zu besitzen, wobei es gleichgiltig ist, ob das äußere Factum der Ausübung ebenfalls aufhört, oder aber fortdauert. Für den Verlust corpore bestimmt sich die Regel eben so wie bei dem körperlichen Besitze: es ist nicht nothwendig zur Fortsetzung des einmal entstandenen Quasibesitzes, daß der Zustand der Ausübung so fortdauere, wie er bei der Apprehension beschaffen war, dieß wäre bei einer großen Anzahl der Fälle des Quasibesitzes ihrer Natur nach gar nicht möglich; der Besitz wird vielmehr fortgesetzt, so lange nur der sofortigen Ausübung des Rechtes nichts entgegensteht, er wird also nicht schon durch Nichtausübung, sondern erst durch die Unmöglichkeit, sich beliebig wieder in die factische Ausübung des Rechtes zu versetzen, verloren. Dieser Grundsatz soll nun auf die einzelnen Fälle des Quasibesitzes angewendet werden. Für die Fälle, wo sich der Quasibesitz mit der Detention der dem Rechte unterworfenen Sache verbindet, wie bei den Personalservituten und der Superficies, ist schlechthin auf die Lehre vom Verluste des eigentlichen Besitzes zu verweisen. Der Quasibesitz wird hier mit der Detention der dienenden Sache verloren. Bei den Rechten dagegen, welche zur Vornahme einzelner, getrennter Handlungen berechtigen, wird der Besitz fortgesetzt vor Allem, so lange der Berechtigte selbst oder durch einen Anderen die Handlung vornimmt, z. B. über das dienende Grundstück geht, fährt u. s. f. Es ist gleichgiltig, wer die Handlung vornimmt, wenn sie nur als ein mit dem herrschenden Grundstücke verbundenes Recht, also fundi nomine vorgenommen wird [112]). Aber auch wenn diese Ausübung unterbleibt, ist der Besitz noch keineswegs verloren; der Verlust tritt erst ein, wenn die Ausübung factisch unmöglich gemacht, z. B. der Quasibesitzer von derselben wirksam, sei es durch persönliche Abwehr oder durch eine die Handlung verhindernde Anstalt, abgehalten wird. Bei den Realservituten sodann, die zur Einrichtung einer mit dem herrschenden Grundstücke verbundenen Anstalt auf dem dienenden berechtigen, z. B. einen Balken in der Mauer des Nachbarn zu haben, oder eine Fortsetzung des herrschenden Gebäudes in seinen Luftraum hinein, wird der Quasibesitz durch den Besitz des herrschenden Gebäudes in diesem durch die Servitut gewährten Zustande fortgesetzt, denn darin besteht hier die Ausübung des Rechtes auf der fremden Sache (in tuo aliquid utor) [113]). Der Quasibesitz wird also einmal

---

112) L. 1. §. 7. L. 3. §. 4. D. de itin. (43. 19.)
113) L. 20. pr. D. de serv. pr. urb. (8. 2.)

mit dem Verluste des Besitzes des herrschenden Gebäudes überhaupt, sodann aber auch durch die Veränderung jenes Zustandes, in dem die Ausübung besteht, nach unserer Regel jedoch (weil corpus in contrarium actum sein muß) nicht schon dadurch, daß die Anstalt zeitig entfernt, z. B. der Balken einer Reparatur wegen heraus-, die Projection des Daches, die Dachrinne u. s. f. augenblicklich weggenommen wird, sondern erst dann, wenn der Besitzer gehindert ist, nach Belieben jenen Zustand wieder herzustellen. Der Quasibesitz endlich negativer Servituten wird ebenfalls durch den Besitz des herrschenden Grundstückes in dem vortheilhaften Zustande (des Lichtes, der Aussicht ꝛc.), den ihm das Unterlassen des Gegners gewährt, fortgesetzt. Er wird verloren, theils mit dem Verluste des Besitzes am herrschenden Grundstücke überhaupt, theils durch den Eintritt des jenem Vortheil entgegengesetzten Zustandes, also dadurch, daß der Gegner das thut, was er vermöge der Servitut zum Vortheil des herrschenden Grundstückes unterlassen sollte. Die Anwendung unserer Regel auf die übrigen neueren Fälle des Quasibesitzes macht sich hiernach von selbst, nur in Beziehung auf die Rechte, deren Inhalt in einer positiven Leistung des Verpflichteten besteht, ist zu bemerken, daß der einmal erworbene Besitz nicht schon dadurch verloren ist, daß die Leistung überhaupt ausbleibt, z. B. wenn der Verpflichtete wegen Unvermögen im Rückstande bleibt, sondern erst, wenn er die Leistung mit der Behauptung der Freiheit davon wirksam verweigert. — Bei allen Fällen des Quasibesitzes, wo die Ausübung in einem Thun des Berechtigten oder des Verpflichteten besteht, also abgesehen von den auf ein bloßes Unterlassen des anderen Theiles gehenden Rechten, ist oben behauptet worden, daß eine ununterbrochen fortwährende Ausübung zur Fortsetzung des einmal angefangenen Besitzes nicht nothwendig sei, nach dem Grundsatze, daß der Besitz corpore erst dann verloren ist, wenn corpus in contrarium actum est. Nun kann aber die bloße Nichtausübung, non usus, die den Verlust des Besitzes hiernach nicht zur Folge hat, den Verlust des Rechtes bewirken, wenn sie eine gewisse Zeit hindurch fortgedauert hat. So namentlich bei den Servituten, abgesehen von den servitutes praediorum urbanorum, bei denen von der anderen Seite eine libertatis usucapio hinzukommen muß, da der bloße non usus jene Wirkung nicht hat. Diese libertatis usucapio läßt sich ohne Aufhebung des Quasibesitzes der Servitut nicht denken, wohl aber der bloße non usus, wo dieser zur Aufhebung des Rechtes hinreicht. Man nimmt nun allerdings an, der bloße non usus hebe den Besitz nicht auf, aber wenn er so lange fortgedauert habe, daß dadurch das Recht zerstört werde, so müsse man dann auch den Besitz, und zwar schon von der Zeit an, wo der non usus eingetreten sei, als verloren betrachten[114]). Dieß scheint eine willkürliche Annahme zu sein; sie würde nur dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn ein so wesentlicher Zusammenhang zwischen der Existenz des Rechtes und dem Besitze

---

114) v. Savigny R. d. B. §. 45. S. 377 flg.

desselben bestände, daß der Letztere nicht ohne das Erstere fortdauern könnte. Dieß ist aber bei dem Quasibesitze so wenig der Fall, als bei dem körperlichen. So gut Jemand den Besitz einer Servitut erwerben kann, ohne das Recht selbst erworben zu haben, so gut kann er Besitzer bleiben, während das Recht untergegangen ist. Also steht an sich nichts entgegen, den noch als Besitzer zu betrachten, der das Recht der Servitut durch non usus verloren hat. Aber eine andere Frage ist, ob dieser Besitz für ihn noch eine der rechtlichen Wirkungen hat, die mit dem Besitze verknüpft sind, und ob also nicht sein Besitz wirkungslos geworden ist, somit dem Effecte nach aufgehört hat zu existiren. Die Wirkungen sind Ersitzung und Interdicte. Was die Ersitzung anlangt, so erfodert sie, namentlich bei den servitutes praediorum rusticorum (von denen, wie bemerkt, hier allein die Rede sein kann), daß dieselben die gesetzte Zeit hindurch nicht blos besessen (was nach dem Obigen auch ohne fortwährende Ausübung möglich wäre), sondern auch wirklich ausgeübt worden sind. Mithin, wenn wir auch dem, der einmal in den Besitz gekommen ist und diesen nicht auf die eben angegebene Weise verloren hat, den Besitz nicht absprechen können, hilft ihm doch dieser Besitz nicht zur Ersitzung, weil dieselbe wirkliche fortwährende Ausübung voraussetzt. Bei den Interdicten aber, die für den Besitz jener Servituten bestimmt sind, ist das Erfoderniß des gegenwärtigen Besitzes für den Kläger auf so eigenthümliche Weise bestimmt, daß der bloße Erwerb und Nichtverlust des Besitzes auch zu dieser Wirkung nicht hinreicht, indem eine wirkliche Ausübung innerhalb eines gewissen Zeitraumes von der Anstellung des Interdictes rückwärts gerechnet nachgewiesen werden muß. So bleibt also freilich der Satz stehen, daß der Quasibesitz dieser Rechte ohne wirkliche Ausübung derselben zwar nicht entstehen, aber fortgesetzt werden kann; indessen ist dieser Satz ohne practische Wirkung, weil die beiden Wirkungen des Besitzes hier nicht blos seine Existenz in abstracto, sondern einen Zustand wirklicher Ausübung fodern.

G. F. Puchta.

Betrug[1]). Die Worte: Betrug, dolus, fraus, stellionatus, falsum, Fälschung, bezeichnen ähnliche, aber nicht ganz gleiche Begriffe. Den umfassendsten Sinn hat dolus. Die allgemeinste Bedeu-

---

1) Aus der zahlreichen Literatur über diesen Gegenstand heben wie nur folgende Schriften aus: I. Ueber Betrug im Allgemeinen: Leyser meditat. ad Pandectas. Spec. 614—617. Kleinschrod, über den Begriff und die Erfoderniße des Verbrechens der Verfälschung (im älteren Archive des Criminalrechtes, Bd. 2. St. 1. Nr. 6.). Klien, Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwickelung der Theorie über das Verbrechen des Betruges und der Verfälschung in seinen verschiedenen Arten (im neuen Archive des Criminalrechtes, Bd. 1. Nr. 5. u. Nr. 8.). Krüger's Beiträge zur Lehre vom Betruge, Landshut 1818. Cucumus, über das Verbrechen des Betruges, als Beitrag für Criminalgesetzgebung, Würzburg 1820. Derselbe, über den Unterschied zwischen Fälschung und Betrug (im neuen Archive des Criminalrechtes, Bd. 10. Nr. 20 u. 25.). Derselbe, Bemerkun-

tung von dolus ist nämlich: bewußtes rechtswidriges Handeln. Ein solches Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß allenthalben vorhanden sein, wo von Betrug, falsum oder Fälschung, stellionatus u. s. w. die Rede sein soll. Allein nicht allenthalben braucht ein Betrug, ein falsum, ein stellionatus u. s. w. begangen worden zu sein, wo Jemand dolose, d. ist mit Bewußtsein rechtswidrig gehandelt hat. Namentlich ist zu unterscheiden: 1) der sogenannte dolus ex re, d. i. der Fall, wo man mit dem Bewußtsein, daß man etwas nicht zu fodern habe, dennoch gegen einen Dritten einen Anspruch vor Gericht erhebt — oder auch den Grund der Forderung eines Anderen, wegen der man von ihm gerichtlich in Anspruch genommen wird, ableugnet, ungeachtet man sich bewußt ist, daß Jener das Verlangte wirklich an uns zu fodern hat. 2) Der dolus ex proposito, a) im weiteren Sinne: jedes bewußte rechtswidrige Handeln, außer dem Falle des dolus ex re; b) in einem engeren Sinne (dolus als fraus) die Handlungsweise, wo man einen Anderen absichtlich in einen Irrthum versetzt, oder unter gewissen Umständen auch nur dessen schon vorhandenen Irrthum wissentlich benutzt, insofern hierdurch ein Gut des Einzelnen oder der bürgerlichen Gesellschaft verletzt wird, wenigstens verletzt werden soll, oder wo doch zu dem rechtswidrigen Fodern und Ableugnen eine solche absichtliche Täuschung oder Benutzung des Irrthums noch hinzutritt. Diese absichtliche Täuschung oder Benutzung des schon vorhandenen Irrthums ist es, welche das Wesen des eigentlich sogenannten Betruges ausmacht, der nach Verschiedenheit der Umstände lateinisch, wie gesagt, bald fraus, oft auch deceptio, bald stellionatus, bald falsum genannt wird. Bisweilen dehnt man den Begriff noch weiter

---

gen über das Verbrechen des Betruges außer Vertragsverhältnissen; Beitrag zur Beurtheilung des bayer'schen Entwurfes des Strafgesetzbuches von 1821 (im Archive des Criminalr. neue Folge, Jahrgang 1835. Nr. 22.). Birnbaum, Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug (im Archiv des Criminalr. neue Folge, Jahrg. 1834. Nr. 20.). Mittermaier, über die richtige Begriffsbestimmung der Verbrechen des Betruges, der Fälschung, Unterschlagung und Erpressung durch die Wissenschaft und die Gesetzgebung (in Hitzig, Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, fortgesetzt von Demme und Klunge, Bd. 6. 1838. Abth. 1. Nr. I.). v. Preuschen, Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betruge und der Fälschung. Vergl. überhaupt: Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes, 3. Lieferung, Stuttgart 1838. S. 856—889. — II. Speciell 1) über stellionatus: J. Th. Seger, de crimine stellionatus, Lips. 1770. Madai, de stellionatu, Hal. 1832. Sternberg, de crimine stellionatus, Marburg 1838. 2) über falsum: van Boerle, ad leg. Corn. de fals. Traj. ad Rhen. 1746. van der Velden, de crimine falsi. Traj. ad Rhen. 1823. Hoepfner, de crimine falsi. Lips. 1829. — Unter den größeren Werken, in welchen die Lehre vom Betruge behandelt worden, ist vorzüglich zu bemerken: 1) in criminalistischer Hinsicht: Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Ausg. 2. Bd. 1823. Cap. 20. Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik, 3. Bd. 1830. §. 151—155. 2) in civilistischer Hinsicht: Glück, Erläuterung der Pandecten, Bd. IV. §. 296. S. 119 flg. Bd. V. §. 452—455. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, 1831. S. 283—382.

aus und rechnet auch Unterschlagung, Erpressung und ähnliche Verbrechen dahin, was aber wenigstens nicht wissenschaftlich ist, und zugleich zu wichtigen practischen Irrthümern, namentlich zu unrichtiger Beurtheilung der Strafbarkeit einzelner Vergehungen führt.

Betrug in dem Sinne, wo es gleichbedeutend mit fraus ist, wird man kaum anders definiren können als: Absichtliche Unwahrhaftigkeit (Unterdrückung oder Entstellung der Wahrheit), insofern dieselbe rechtliche Folgen hat; Betrug in criminalistischer Hinsicht ist mithin: absichtliche Unwahrhaftigkeit, insofern sie criminalrechtliche Folgen hat; Betrug im Sinne des Civilrechtes: absichtliche Unwahrhaftigkeit, insofern sie civilrechtliche Folgen hat[2]). — Der Unterschied zwischen Betrug und Lüge besteht darin, daß Lüge nur eine solche wahrheitswidrige, und zwar mit Bewußtsein der Unwahrhaftigkeit mündlich oder schriftlich ausgesprochene Aeußerung bedeutet, welche keine rechtlichen Folgen nach sich zieht, oder solche doch nur insofern hervorbringt, als in dem Aussprechen der Lüge eine culpa lag, durch die ein vom Lügner nicht beabsichtigter Schaden entstanden ist, oder wo wir wenigstens von etwaigen rechtlichen Folgen absehen und die Unwahrhaftigkeit blos von dem moralischen Standpuncte aus würdigen. In diesem Sinne enthalten die meisten Betrügereien zugleich eine Lüge.

Es soll hier das Wesen des Betruges zunächst im Allgemeinen, sodann in Beziehung auf die Frage, wenn und in wie weit Betrug strafbar sei, erörtert und endlich der Einfluß betrachtet werden, den derselbe auf civilrechtliche Verhältnisse äußert.

Soll die Unterdrückung oder Entstellung der Wahrheit rechtliche Folge nach sich ziehen, mithin als Betrug erscheinen, so müssen mehrere subjective und objective Momente zusammentreffen. Subjective Erfoderniße von Seiten des Betrügers sind: 1) positive Thätigkeit desselben, um einen Irrthum in dem Anderen hervorzubringen, oder wenigstens geflissentliche, wenn auch nur negative Unterhaltung einer unrichtigen Vorstellung. 2) Absicht, diesen Irrthum zu einem rechtswidrigen Zwecke zu benutzen. Subjective Erfoderniße hinsichtlich des Betrogenen sind: 1) es muß der von dem Betrüger beabsichtigte oder benutzte Irrthum in dem Betrogenen wirklich vorhanden gewesen sein. 2) Es muß dieser Irrthum einen Einfluß auf seinen Willen gewonnen, d. i. die Folge gehabt haben, daß der Betrogene etwas gethan, unterlassen oder geduldet hat, was er außerdem nicht gethan, nicht unterlassen, nicht geduldet haben würde. — In objectiver Hinsicht aber gehört zum Wesen des Betruges: daß in Folge des hervorgebrachten oder benutzten Irrthumes der beabsichtigte rechtswidrige Nachtheil, die

---

2) Ueber die Verschiedenheit des Begriffes des Betrugs in civilrechtlicher und criminalrechtlicher Hinsicht siehe Stöckhardt, über den Unterschied des dolus civilis vom dolus criminalis, in Elver's Themis Bd. II. Heft 2. Nr. IX. S. 265 flg., wo jedoch allerdings das Wort dolus mehr in dem allgemeinen Sinne — als bewußtes rechtswidriges Handeln überhaupt — genommen worden ist.

Verletzung irgend eines öffentlichen oder Privatgutes, oder wenigstens eine Gefährdung solcher Güter entstanden sei, gesetzt auch, daß dieser Nachtheil nicht den Betrogenen unmittelbar trifft. Meistens, jedoch nicht immer und nicht ausschließlich, wird auch erfodert, daß der Irrthum sich auf eine Thatsache bezogen haben müsse. — Dieß Alles bedarf mannigfaltiger Erläuterungen. Es ist zuvörderst von Seiten des Betrügers erfoderlich entweder eine positive Thätigkeit desselben, um in einer anderen Person einen Irrthum hervorzubringen, oder wenigstens die Unterhaltung und Benutzung eines schon vorhandenen Irrthumes oder der Unkenntniß gewisser Umstände, in welcher sich ein Dritter befindet. Die letztere ist jedoch oft ohne rechtliche Bedeutung und erlangt eine solche erst unter besonderen Umständen und Bedingungen, von welchen weiter unten die Rede sein soll. — Es gehört ferner auf Seiten des Betrügers zum Betruge die Absicht, den Irrthum des Anderen zu einem rechtswidrigen Zwecke zu benutzen. Worin dieser rechtswidrige Zweck bestehen könne und wodurch er sich als rechtswidrig characterisire, wird bei Betrachtung der objectiven Erfodernisse gezeigt werden. Die Absicht aber, einen solchen Zweck zu erreichen (man könnte sagen: der dolus beim Betruge), muß allemal vorhanden sein, wenn von Betrug die Rede sein soll. Eine Täuschung ohne diese Absicht kann immerhin civilrechtliche und selbst criminalrechtliche Folgen haben, wenn in ihr eine culpa enthalten war, durch die ein Schaden veranlaßt wurde, allein sie ist kein Betrug. — Jene Absicht kann nun entweder direct dahin gehen, einem Anderen wehe zu thun, ihm einen Schaden zuzufügen, von dem der Schadenstifter unmittelbar und zunächst, außer der Freude an dem Leiden und Mißgeschicke Anderer, weiter keinen Vortheil erwartet, wenigstens diesen nur mittelbar beabsichtigt, oder es geht das Bestreben des Betrügers zunächst dahin, für sich oder Andere einen Vortheil zu erlangen, von dem er freilich recht gut weiß und erkennt, daß derselbe mit einem Nachtheile für einen Dritten verbunden sein wird und sein muß, wo aber doch nicht der Schaden des Anderen an sich, sondern nur der Nutzen für den Betrüger der Zweck ist, den der Letztere zu erreichen strebt. Ein Beispiel eines Betruges der ersten Art würde sein, wenn der kranke A von dem B verlangte, daß dieser ihm eine Arzenei darreichen sollte, und B gäbe ihm statt des verlangten Mittels absichtlich und um ihm zu schaden, ein anderes ähnliches, von dem er weiß, daß es die Krankheit verschlimmern und dem B heftige Schmerzen machen wird; ein Betrug der zweiten Art wäre es, wenn A dem B eine tombakne Tabacksdose, unter der Versicherung, daß sie eine goldene sei, um einen Preis, wie man ihm für eine goldene Dose von gleicher Größe und Arbeit zahlen würde, verkaufte, um an diesem Geschäfte einen unrechtmäßigen Gewinn zu machen. Schon jetzt ist zu bemerken (was später wiederholt werden wird), daß eine Täuschung, bei welcher der Betrüger die directe Absicht zu schaden hatte, stets, eine solche aber, wo er zunächst nur einen, wenn schon unrechtmäßigen Vortheil für sich erwerben wollte, nicht immer Strafe oder Entschädigungsverpflichtung nach sich zieht. —

Auf Seiten des Betrogenen muß, wenn ein Betrug statthaben soll, ein vom Betrüger hervorgebrachter oder doch benutzter Irrthum wirklich vorhanden gewesen sein. Denn ist dieser nicht vorhanden gewesen, so ist auch kein Betrug, sondern höchstens ein Versuch zu betrügen denkbar. Deßhalb bezeichnen auch einige Rechtslehrer die Hervorbringung eines Irrthumes durch Betrug als eine Vergewaltigung des Vorstellungsvermögens. Man müßte indessen wenigstens sagen: sie sei eine Vergewaltigung des Willens, bewirkt durch Hervorbringung einer falschen Vorstellung im Erkenntnißvermögen. — Der vorhandene Irrthum selbst kann doppelter Art sein [3]). Wir handeln nämlich stets unter gewissen Voraussetzungen. Diese sind entweder I. solche, ohne welche unser Handeln gar nicht, oder nicht völlig als der Ausdruck unseres Willens betrachtet werden kann; oder II. solche, die sich auf die Gründe dieses Willens beziehen, welche also die Fassung unseres Entschlusses, im Gegensatze zur Erklärung oder Verwirklichung desselben in der Außenwelt, bestimmen. — Zu I. Zwei Abstufungen sind hier zu unterscheiden: A) Soll unsere Handlung überhaupt Ausdruck unseres Willens sein, a) so ist es nothwendig 1) hinsichtlich des Objectes der Handlung, daß die Person oder Sache kein anderes Individuum (keine andere Species) sei, als wofür wir es halten; b) daß das Verhältniß, in das wir zu der Person oder Sache durch unser Handeln (Thun, Dulden oder Unterlassen) treten wollen, kein anderes sei, als das, welches wir uns im Geiste vorstellen. Bei a gehört hierzu namentlich auch, daß die fragliche Person oder Sache wirklich existire, sowie bei b, daß das Verhältniß existent werden könne, d. h. daß es physisch oder rechtlich nicht unmöglich sei. Nicht minder ist es wesentlich zu der Richtigkeit der Vorstellung über die Identität einer Person, daß Jemand, den wir für den Repräsentanten eines Anderen halten, dieses auch wirklich sei, also auch, wenn wir ihn für einen Beamten (mithin für einen Repräsentanten der Staatsgewalt, der Kirche, der Commun u. s. w.) achten, daß er das Amt, für dessen Inhaber wir ihn ansehen, wirklich bekleide. 2) Hinsichtlich der Handlung selbst ist es nöthig, daß wir eine richtige Vorstellung haben, a) von der physischen oder moralischen Möglichkeit derselben, b) von der Wirkung, welche dieselbe in der Sinnenwelt hervorbringen kann. — Irren wir in Bezug auf einen dieser Puncte, so irren wir in dem, was wir thun. — Beispiele zu 1 a: A will dem B hundert Thaler geben, er gibt sie aber den C, den er irrig für den B hält, — oder es will sich die A mit dem B trauen lassen, und C, welcher die Trauung als Geistlicher verrichtet, ist kein Geistlicher, sondern ein verkappter Laie, — oder A hat einen Ring mit echten Steinen gesehen, gekauft und bezahlt, empfängt aber bei der Uebernahme desselben einen anderen, äußerlich ähnlichen, aber mit falschen Steinen, den er für jenen echten hält. — Zu 1 b: A will die B heurathen, und die Trauung wird vollzogen; allein es findet sich, daß B kein

---

3) Es versteht sich, daß der Irrthum hier nur insofern betrachtet wird, als es zur Darstellung der Lehre vom Betruge nöthig ist.

Frauenzimmer, sondern eine verkleidete Mannsperson und also die Ehe zwischen Beiden unmöglich ist. — Zu 2 a: A besitzt eine gestohlene Sache, von der er nicht weiß, daß sie gestohlen ist; er hält sie im guten Glauben für seine eigene und verkauft sie (Unmöglichkeit der beabsichtigten Handlung selbst, nämlich der Uebertragung des Eigenthums), oder A verspricht dem B in zehn Minuten 100,000 Thaler in Guldenstücken durchzuzählen (physische Unmöglichkeit). — Zu 2 b: der Theaterrequisiteninspector gibt einem Schauspieler, der in seiner Rolle ein Pistol auf Jemand abzudrücken hat, ein scharf geladenes Gewehr, und der Empfänger tödtet mit demselben seinen Mitspieler. — A unterzeichnet eine Schrift, welche er für eine Quittung hält, statt dessen ist es eine Schuldverschreibung, und seine Unterschrift bewirkt ein scheinbares Anerkenntniß einer eigenen Verbindlichkeit, statt daß er nur die Tilgung einer fremden Schuld bekennen wollte. Voraussetzungen der Art, wie sie die Handelnden, obwohl irriger Weise, in diesen gegebenen Beispielen für wahr halten, könnte man die absolut-wesentlichen nennen. Irren wir hierin, so irren wir, wie gesagt, in dem, was wir thun. — Ihnen stehen gegenüber B) andere, die vielleicht nicht unpassend als hypothetisch-wesentliche zu bezeichnen sein würden, nämlich solche Voraussetzungen über die Eigenschaften der Personen, Sachen und Verhältnisse, oder über die Ausführbarkeit und den Erfolg unseres Handelns, welche nur auf einer besonderen ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft unter zwei Personen, oder auch auf einer in den Civilgesetzen festgestellten Präsumtion beruhen, dennoch aber Bedingungen unseres Handelns gewesen sind. Beispiele: A läßt sich von dem Geistlichen B ohne Aufgebot trauen, weil er demselben auf das Wort glaubt, daß er ihn davon dispensiren könne, — er kauft einen Ring mit Steinen, die er für echt hält, um einen Preis, wie man ihn für echte Steine dieser Größe und Gattung bezahlt, — oder ein Pferd, das er für brauchbar und fehlerfrei achtet, weil ihm der Verkäufer keine Fehler bemerklich macht, vielleicht die Tadellosigkeit desselben betheuert, — er associirt sich mit dem B, unter der von diesem bestätigten Voraussetzung, daß derselbe 50,000 Thaler im Vermögen habe. — Auch durch Irrthümer dieser Art wird unsere Freiheit hinsichtlich der Verwirklichung unseres Willens in der Außenwelt unstreitig beschränkt, doch in einem weit geringeren Grade als da, wo wir in den absolut-wesentlichen Voraussetzungen unseres Handelns irren. Es ist hierbei zu bemerken, daß die hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen sich meistens auf Eigenschaften der Personen und Sachen beziehen. Bei Sachen kommt namentlich sehr viel auf die Materie (substantia) an; doch ist auch hinsichtlich ihrer die Rücksicht auf dieselbe nur dann entscheidend, wenn (wie freilich sehr oft) eben das, daß die Sache aus einer gewissen Materie bestehe, die zwischen zwei Personen einverstandene Bedingung des in Bezug auf diese Sache stattgehabten Handelns, also z. B. des Kaufes derselben gewesen ist. Wenn Jemand eine gewöhnliche goldene Uhr kauft, so ist es nicht eben das Uhrwerk, was er besonders berücksichtigt, sondern, daß das Gehäuse von Gold sei. Wenn er aber einen

Chronometer für tausend Thaler kauft, so ist für ihn nicht das goldene oder silberne Gehäuse die Hauptsache, sondern die Construction des Werkes. Im ersteren Falle würde also die Materie als Bedingung des Handelns, oder wie man gewöhnlich sagt, als wesentliche Eigenschaft, im letzteren Falle als außerwesentliche, das ist nicht als Bedingung des Handelns anzusehen sein. Blos relative Eigenschaften, d. i. solche, die auf einem Urtheile über ein Mehr oder Minder beruhen, kommen hier in der Regel nicht, sondern nur etwa dann in Betracht, wenn ein gewisser bestimmter Grad einer solchen Eigenschaft durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft festgesetzt, oder eine auf Thatsachen sich beziehende Angabe, durch welche die fließende Größe zu einer bestimmten wurde, hinzugefügt worden ist. Daher können Versicherungen über die Güte, Trefflichkeit, Seltenheit einer Sache, — über die Ehrlichkeit, Vornehmheit, Wohlhabenheit, Dürftigkeit einer Person, wohl einen Irrthum begründen, aber dieser wird, wenn auch der, welcher jene Versicherungen ertheilte, wissentlich Unwahrheit gesprochen hat, nicht als Irrthum im Ausdrucke unseres Willens anzusehen sein, sondern nur als Irrthum in den Bewegungsgründen (wovon weiter unten). Ein Beispiel dieser Art würde es sein, wenn sich A, der bei B Geld borgen wollte, seinem künftigen Gläubiger als einen sehr wohlhabenden und dabei höchst redlichen Mann anpreist, während er doch von Beidem das Gegentheil ist und dieß auch recht gut weiß. Hätte er sich aber gerühmt, daß er Eigenthümer dieses oder jenes Rittergutes wäre, das er nicht besaß, und hätte dasselbe als Unterpfand verschrieben, so würde der Gläubiger, der ihm Geld gegeben hätte, nicht mehr durch einen irrigen Bewegungsgrund, sondern durch einen Irrthum in einer hypothetisch-wesentlichen Voraussetzung zum Geldgeben bewogen worden sein. Ein anderes Beispiel derselben Art wäre es, wenn Jemand eine Frau heurathete, die ihm selbst, oder von der ihm ein Dritter weiß gemacht hätte, daß sie ein großes Vermögen besitze, ob sie gleich arm ist. Ausnahmsweise werden jedoch gerade bei der Ehe dergleichen Gründe, wenn sie auch wirklich ihrer Natur nach nur Bewegungsgründe sind, dennoch wenigstens civilrechtlich ebenso berücksichtigt, als ob ein dießfallsiger Irrthum, ein Irrthum in den Bestimmungsgründen, oder auch in den hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen des Handelns selbst wäre, und namentlich wird in vielen protestantischen Ländern die Täuschung über den Vermögenszustand, die sich bei dem Eheversprechen der eine Theil gegen den anderen zu Schulden bringt, als Grund angesehen, aus dem der Hintergangene auf Trennung der Ehe antragen kann. — Zu II. Einen Irrthum von der Art, wo unser Handeln zwar der Ausdruck unseres Wollens ist, wo wir aber das, was wir wollten und thaten, nicht gewollt haben würden, wenn nicht die Voraussetzungen, unter denen wir handelten, irrig gewesen wären — also einen Irrthum, der auf die Fassung unseres Entschlusses störend einwirkt, pflegt man im Allgemeinen einen Irrthum in den Gründen des Handelns zu nennen. Ein Irrthum dieser Art beschränkt bisweilen unsere Willensfreiheit, bisweilen beschränkt er sie

nicht. Er beschränkt sie aber nur dann, wenn die irrige Vorstellung in uns die Ueberzeugung hervorbringt, daß ein gewisses Thun, Dulden oder Unterlassen entweder für uns vernünftig nothwendig (wobei natürlich nur von relativer Nothwendigkeit die Rede ist), oder im Gegenfalle, daß es unmöglich sei. Da wo dieß nicht der Fall ist, da ist unsere Freiheit durch die irrige Vorstellung nicht beschränkt, also allenthalben da nicht, wo wir nicht aus Rücksichten der Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit, sondern aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit, des Interesse, der Annehmlichkeit oder Unannehmlichkeit u. s. w. handeln oder nicht handeln. Gründe der letzteren Art heißen Bewegungsgründe, Gründe der ersteren Art aber (also solche, wo Rücksichten der vernünftigen Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit auf unseren Willen einwirken) Bestimmungsgründe. Wenn A zum B, der an einem Scheidewege steht, sagt, daß die Brücke über den Strom, an den er auf der rechts gehenden Straße kommen würde, eingestürzt sei, und B deßhalb die links abgehende Straße einschlägt, so war die Vorstellung, die A dem B beibrachte, von der Art, daß es B für physisch unmöglich halten mußte, auf dem zur rechten Hand gehenden Wege fortzukommen, und daher für nothwendig, den Weg links zu gehen. — Wenn aber A zu B sagt, die Obrigkeit lasse ihm aus polizeilichen Gründen befehlen, sofort einen Zaun auf seinen Grund und Boden wegzureißen, B aber dieß glaubt und gehorcht, so wirkt in ihm die Vorstellung einer moralischen Nothwendigkeit. In beiden Fällen wird die Vorstellung zum Bestimmungsgrunde. Ein Beispiel einer Voraussetzung, die nur als Bewegungsgrund wirkt, wäre es, wenn A bei dem B eine Partie Waaren auf Credit nehmen wollte und diesem durch Erzählungen von bedeutenden Einkäufen, die er zu machen, Festen, die er zu geben gesonnen wäre u. dgl. die Meinung beibrächte, daß er ein sehr reicher Mann sei. Im Allgemeinen ist noch zu bemerken, daß es in der Regel nur als Irrthum in den Bewegungsgründen gilt, wenn die Rücksicht auf Eigenschaften einer Person oder Sache, nicht in Bezug auf das Geschäft selbst (als Zweck gedacht), sondern nur in Bezug auf eben dasselbe, insofern es Mittel für andere Zwecke sein soll, die Natur eines Grundes zum Handeln hatte.

Auf welche Weise übrigens ein rechtlich zu beachtender Irrthum hervorgebracht worden ist, ob durch mündliche Mittheilungen oder durch irgend eine andere Veranstaltung, z. B. durch Benutzung von Aehnlichkeiten zwischen verschiedenen Personen oder Sachen, oder wie sonst immer, ist gleichgiltig.

Es muß ferner der Irrthum, in dem sich der Betrogene befindet, auch wirklich die Folge gehabt haben, daß derselbe um deßwillen, weil er die bei dem Betruge in Rede stehende unrichtige Vorstellung für eine richtige, dem wirklichen Sachverhältnisse entsprechende gehalten hat, bestimmt wurde, Etwas zu thun, zu unterlassen oder zu dulden, was er außerdem nicht gethan, nicht unterlassen, nicht geduldet haben würde. Hat er also zwar auf eine Weise gehandelt, die ihn später reuet, und von der er einen Nachtheil hat, er kann aber nicht behaupten, oder es

ist vernünftiger Weise nicht anzunehmen, daß der von dem Betrüger hervorgebrachte oder benutzte Irrthum die Voraussetzung oder Veranlassung seines Handelns gewesen ist, so kann die Täuschung höchstens dann als Betrug betrachtet werden, wenn der Betrüger direct den Schaden des Anderen beabsichtigte, (wo schon der Versuch zu schaden strafbar sein würde), nicht aber wenn er nur einen Vortheil für sich erlangen wollte. Nicht zweifellos ist die Frage, ob alle und jede Täuschung als Betrug im Sinne Rechtens angesehen und behandelt werden könne, auch wenn sie so beschaffen ist, daß sich ein nur einigermaßen verständiger Mensch dadurch keineswegs zu irgend etwas hätte bestimmen lassen sollen, dennoch aber in dem einzelnen Falle ein Leichtsinniger oder Schwacher bewogen worden ist, etwas ihm Nachtheiliges zu thun oder geschehen zu lassen. Um diese Frage richtig zu beantworten, muß man zwei verschiedene Fälle von einander unterscheiden. Darauf nämlich, ob die Thatsache, die der Betrogene für wahr gehalten hat, leicht oder schwer als Unwahrheit zu erkennen war, ob der error vincibilis oder invincibilis, excusabilis oder nicht gewesen sei, darauf kommt bei dem durch Betrug erzeugten Irrthume, wenigstens im Verhältniß des Betrogenen zum Betrüger, gar nichts an. Man nehme an, daß der A, ein zerlumpter Bettler, zu dem B, einem armen Privatgelehrten kommt und zu diesem sagt: er sei der erste Buchhalter des ersten Banquierhauses der Stadt, und sein Principal habe ihn gesendet, um den B zu bitten, ihm, dem Banquier, der sich aber in großer Geldverlegenheit befinde, mit einem Darlehn von 10 Thalern unter die Arme zu greifen, die in 5 Jahren mit 6 pCt. Zinsen zurückgezahlt werden sollten. B ist einfältig genug, um des Bettlers Anbringen für wahr zu halten; er erwidert, daß er sich eine große Ehre daraus mache, dem reichen Kaufmanne mit 10 Thalern aus der Noth zu helfen, und händigt diese Summe dem Betrüger ein, der sofort damit verschwindet und sie in seinen Nutzen verwendet. Eine Täuschung dieser Art kann gewiß nur bei einem höchst einfältigen und bis zur größten Schwäche gutmüthigen Menschen gelingen, — indessen, wenn sie gelungen ist, wer wollte zweifeln, daß der Getäuschte, der hier in einen Irrthum über das, was er thut, versetzt worden ist, wirklich betrogen und daß der Betrüger nicht nur zur Rückgabe verpflichtet, sondern auch strafbar sei? Nur dann könnte man sagen, daß die Unglaubwürdigkeit einer Unwahrheit, die A dem B mitgetheilt hat, den A gegen den Vorwurf des Betruges entschuldige, wenn die Mittheilung so beschaffen ist, daß der Richter sich genöthigt sieht anzunehmen, der B habe die Unwahrheit gar nicht für Wahrheit gehalten, sondern sofort als das, was sie war, erkannt, und also das, was er hierauf gethan, nicht in Folge eines Irrthumes, sondern aus unbeschränktem freien Willen gethan. Beispiel: A hätte zu B, einem erwachsenen und verständigen Manne, gesagt, es wären eben auf einer Sternschnuppe zwei Mondbewohner heruntergefahren und bäten um Beiträge zur Erbauung eines Schauspielhauses im Monde; er, der A, sei beauftragt freiwillige Gaben zu diesem Zwecke zu sammeln; darauf hätte ihm B acht Groschen gegeben. Hier würde ver-

nünftiger Weise nicht angenommen werden können, daß B die Posse des A für wahr gehalten habe, sondern man würde vielmehr voraussetzen müssen, daß er das Anbringen des A für eine neue Methode zu betteln gehalten, und ihm acht Groschen habe schenken wollen. Im Allgemeinen aber und abgesehen von der jetzt erwähnten Ausnahme gilt der Satz, daß eine auch noch so handgreifliche Lüge als Betrug anzusehen ist, wenn sie von dem Belogenen wirklich geglaubt und er hierdurch in einen Irrthum über die Voraussetzungen seines Handelns versetzt wurde — in Ansehung der Gründe des Handelns freilich nur, dafern die unwahre Vorstellung, wenn sie wahr gewesen wäre, vernünftigerweise als Grund für den Getäuschten, so zu handeln, wie er handelt, hätte dienen können und wirklich gedient hat. Aber eben der letzte Punct ist es, der zu Begriffsverwirrungen häufig Veranlassung gegeben hat. — Ganz verschieden nämlich von der jetzt erörterten Frage ist die häufig damit verwechselte: ob eine Jemand fälschlich mitgetheilte Thatsache, auch wenn sie wahr gewesen wäre, die Eigenschaft gehabt habe, einen vernünftigen Grund abzugeben, um dieß oder jenes zu thun, zu unterlassen oder zu dulden? Und hier muß allerdings behauptet werden, daß, wenn sie dieß nicht gewesen ist, die Lüge auch nicht als Betrug betrachtet werden könne. Namentlich sind hier zwei Fälle hervor zu heben: der eine, wo die unwahre Vorstellung überhaupt nicht so beschaffen war, daß sie bei einem vernünftigen Menschen die Wirkung, seine Willensfreiheit zu beschränken, oder überhaupt nur seinen Willen zu einer gewissen positiven oder negativen Thätigkeit zu bestimmen, hätte haben können, — der andere, wo sie diese Wirkung wenigstens nicht hätte haben sollen. Beispiel der ersten Art: A sagt zu B, daß die Tänzerin X, welcher B den Hof macht, im Theater eben unmäßig beklatscht worden sei; es ist kein Wort an der Sache wahr, indessen B glaubt es und schenkt in der Freude seines Herzens über den Triumph seiner Geliebten dem A zwei Louisdor, wie denn auch A wirklich mit seiner Lüge auf ein Geschenk speculirt hatte. Hier kann die Lüge des A nicht für Betrug im Sinne Rechtens geachtet werden, weil Niemand wird behaupten mögen, daß der Irrthum, in den A den B versetzt hat, ein hinreichender Grund, Jenem zwei Louisdor zu schenken, gewesen sei. Es fehlt an der inneren Causalverbindung zwischen der Lüge des A und der Freigebigkeit des B, welche vorhanden sein müßte, wenn man diese Freigebigkeit als die Wirkung jener Lüge betrachten sollte. — Beispiel der zweiten Art: A macht der Dame B, mit der er gern in vertrautere Verhältnisse kommen möchte, weiß, daß er ein fremder Prinz sei, der incognito reise. Es schmeichelt ihrer Eitelkeit, daß sich ein Prinz in sie verliebt hat, und sie begeht mit ihm einen Ehebruch. Sie ist zu dieser strafbaren Gefälligkeit vielleicht einzig dadurch bewogen worden, daß sie den A für einen Prinzen gehalten hat, und würde ihm nichts verstattet haben, wenn sie gewußt hätte, daß er ein herumziehender Abenteurer sei. Allein die Lüge des A kann doch nicht als Betrug gelten, weil sich die B selbst dann, wenn A ein Prinz gewesen wäre, nicht hätte dazu verstehen sollen, mit ihm die Ehe zu

brechen [4]). Die Fälle, wo es sich darum handelt, ob eine Jemand beigebrachte falsche Vorstellung auf sein Handeln vernünftiger Weise einen Einfluß habe gewinnen können, ob der Irrthum eine hypothetisch-wesentliche Voraussetzung betraf, die als Bedingung unseres Handelns anzusehen war, oder ob die falsche Vorstellung nur als Grund des Handelns, und dann, ob sie als Bestimmungsgrund oder als bloßer Bewegungsgrund wirkt, sind nicht selten, und die Beantwortung jener Fragen ist besonders hinsichtlich des Unterschiedes zwischen Bestimmungsgrund und Bewegungsgrund oft mit bedeutenden Schwierigkeiten verbunden. Wenn A den B um ein Almosen bittet und diesen durch eine unwahre Schilderung seiner Noth zu einem Geschenke bewegt, so wird im Zweifelsfalle die irrige Vorstellung, welche B von der Dürftigkeit des A faßt, nur als einfacher Bewegungsgrund, ihm ein Almosen zu geben, betrachtet werden müssen. Hätte dagegen A dem B gesagt: er habe zwei Kinder, die er nicht ernähren könne, B hätte sich dadurch bestimmen lassen, diesen Kindern ein monatliches Alimentationsquantum auszusetzen und dieß dem A auszahlen lassen; nach einiger Zeit aber fände sich, daß A gar keine Kinder hätte, so würde B durch die von A begangene Täuschung in den Fall gekommen sein, unter dem Einflusse eines irrigen Bestimmungsgrundes zu handeln (wenn man nicht in der irrigen Annahme, daß A zwei Kinder habe, vielleicht sogar einen Irrthum in einer wesentlichen Voraussetzung der Ausführung des Entschlusses erblicken will, da hier B einen Umstand nicht kennt, um dessen willen sein Zweck, zwei Kinder zu unterstützen, geradezu unmöglich war). Zweifelhafter könnte die Entscheidung im folgenden Falle scheinen: A kommt zum B und sagt ihm: der Landesherr habe erklärt, daß er Jedem, der zum Bau einer gewissen Kirche wenigstens 1000 Thaler schenken werde, als Belohnung für diese fromme Liberalität den Orden geben wolle. Der eitle B übersendet sofort 1000 Thaler in die Kirchenbaucasse und meldet sich hierauf mit der Quittung bei der Ordenscanzlei, wird aber dort unter mitleidigem Lächeln abgewiesen und belehrt, daß man ihn zum Besten gehabt habe. Hier ist schon das zweifelhaft, zu welcher Classe von Irrthümern die falsche Vorstellung des B zu rechnen sei, ob sie sich auf die Fassung des Entschlusses (also auf die Gründe des Handelns), oder auf die Geltendmachung des Wil-

---

4) Man verwechsele diesen Fall übrigens nicht mit ähnlichen, etwa wenn ein Mann sich gegen ein Frauenzimmer fälschlich für vornehmer, als er ist, ausgegeben und sie dadurch zu einem Ehegelöbniß, später aber zu Gestattung des Beischlafes bewogen hat. Hier wäre allerdings ein strafbarer Betrug vorhanden, aber die Strafbarkeit läge darin, daß der Mann durch fälschliche Angabe persönlicher Verhältnisse das Frauenzimmer zur Verlobung mit ihm bewogen hat. — Daß er das Eheversprechen benutzte, um von ihr Gestattung des Beischlafes zu erlangen, würde an und für sich kein Betrug sein, sondern erscheint hier nur als eine weitere, freilich unrechtmäßige Benutzung des durch den eigentlichen Betrug hervorgebrachten Verhältnisses. A würde in der letzten Hinsicht als Verführer strafbar sein, seine Strafe aber dadurch erschwert werden, daß er, um die B leichter verführen zu können, durch Betrug sie zum Eheverlöbnisse bewogen hat. —

lens in der Wirklichkeit, namentlich auf eine hypothetisch-wesentliche Bedingung des Handelns bezog; indessen hier würde man sich doch wohl leicht vereinigen, daß B nur in den Gründen seines Handelns irrt. Aber betraf der Irrthum einen Bestimmungsgrund, oder nur einen Bewegungsgrund? Doch wohl nur den letzteren; denn man wird wohl nicht sagen wollen, daß hier die oben angegebenen Merkmale des Bestimmungsgrundes eintreten. Wollte jedoch Jemand jene irrige Vorstellung des B als Bestimmungsgrund betrachten, so würde allerdings die Frage eintreten: ob dieselbe vernünftiger Weise als Bestimmungsgrund habe gelten können? Ja selbst dann ließe sich diese Frage aufwerfen, wenn man den Irrthum nur als Irrthum im Bewegungsgrunde betrachten wollte, und hier dürfte die Würdigung desselben wohl sehr verschieden ausfallen, weil viele Richter die Hoffnung auf Erlangung eines Ordens überhaupt für gar keinen vernünftigen Grund, eine Beisteuer zum Bau einer Kirche zu geben, werden ansehen wollen, Manche sogar geneigt sein würden, einen derartigen Grund für einen solchen zu erklären, der den B gar nicht hätte bewegen sollen; wogegen wieder Andere denselben zwar nicht lobenswerth, aber doch weder unvernünftig, noch unmoralisch zu finden geneigt sein dürften. Es läßt sich hierüber keine feste Regel aufstellen, sondern es müssen hier, ebenso wie bei der Frage: ob anzunehmen sei, daß Jemand eine ihm gemachte Mittheilung für wahr gehalten habe, die Eigenthümlichkeiten der Personen und Umstände berücksichtigt werden, und man wird bei erwiesener Geistesschwäche eines Hintergangenen Manches als Bestimmungsgrund gelten lassen müssen, was bei einem Anderen, bei dem eine solche Geistesschwäche nicht vorauszusetzen ist, kaum als Bewegungsgrund anzuerkennen sein würde.

Streitig ist, ob es zu den objectiven Erfodernissen des Betruges gehöre, daß die Täuschung sich auf eine Thatsache beziehen, mit anderen Worten, daß A den B in den Glauben versetzt haben müsse, es verhalte sich eine gewisse Thatsache wirklich so, wie A angibt, während sie sich doch anders verhält. Die richtige Ansicht scheint folgende zu sein. An und für sich reicht es zu, daß die in dem Anderen hervorgebrachte oder benutzte falsche Vorstellung nur überhaupt eine falsche gewesen sei, gleichviel ob sie sich auf eine Thatsache oder auf etwas Anderes bezog; und in diesem Sinne wird auch ein treuloser Rath, ein mit der Absicht, den Anderen irre zu leiten, ausgesprochenes falsches Urtheil, selbst ein, mit der Absicht es nicht zu halten und dem Anderen dadurch zu schaden, gegebenes Verbrechen u. dgl. für Betrug geachtet werden müssen, ohne Unterschied, ob der Getäuschte sich in der Fassung seines Beschlusses oder in der Verwirklichung seines Willens, und im letzten Falle, ob er sich in den absolut-wesentlichen oder nur in den hypothetisch-wesentlichen Bedingungen seines Handelns geirrt hat. Allein wer dergleichen Irrthum verschuldet oder benutzt, wird doch nur dann unbedingt als Betrüger angesehen, wenn er die directe Absicht hatte, dem Anderen einen Schaden zuzufügen. Wollte er zunächst, zumal bei Eingehung eines Contractverhältnisses, nur einen, wenn auch widerrechtlichen Vortheil für sich erlangen, so ist es nur die in Bezug auf

eine Thatsache hervorgebrachte oder benutzte irrige Vorstellung, welche die Handlung als Betrug characterisirt, nicht aber die Treulosigkeit des Rathes, Versprechens u. s. w. Unstreitig aber gehört es zu den objectiven Erfodernissen des Betruges, wenn derselbe rechtliche Folgen haben, mithin mehr als bloße Täuschung und wirklicher Betrug sein soll, daß durch jene Täuschung ein öffentliches oder Privatgut verletzt oder doch gefährdet, der bürgerlichen Gesellschaft oder einem Individuum (wenn auch nicht unmittelbar dem Getäuschten) ein Schaden zugefügt worden sein, mindestens gedroht haben muß. Das Nähere hierüber wird weiter unten folgen.

Wir wenden uns jetzt zu der Erörterung der Frage: wenn und in wie weit Betrug strafbar sei? — oder zu der Betrachtung des Betruges in criminalrechtlichem Sinne. Betrug in diesem Sinne ist, wie schon aus dem Obigen hervorgeht: absichtliche Unwahrhaftigkeit, insofern sie criminalrechtliche Folgen hat, d. h. insofern sie strafbar ist. Sie ist aber strafbar entweder an und für sich, oder als Mittel zu einem strafbaren Zwecke.

Betrachten wir den Betrug als Mittel zu einem strafbaren Zwecke, so gilt hinsichtlich der subjectiven Erfodernisse alles das, was wir bereits im Allgemeinen entwickelt haben. In Ansehung der objectiven Erfodernisse hingegen ist noch Folgendes hinzuzusetzen. Auch hier muß, wie natürlich, wenn ein Verbrechen durch das Mittel des Betruges oder, wie Manche lieber sagen, in der Form des Betruges begangen werden soll[5]), irgend ein öffentliches oder Privatgut verletzt oder gefährdet, der bürgerlichen Gesellschaft oder einem Individuum ein Schaden zugefügt worden sein, oder doch gedroht haben. Es ist jedoch irrig, wenn man annimmt, daß bezüglich auf Privatpersonen nur das Vermögen und die mit dem Familienzustande zusammenhängenden Rechte durch Betrug verletzt werden könnten. Vielmehr kann jedes Gut Gegenstand betrüglicher Verletzung sein — also auch Integrität des Körpers und Geistes, Ehre, Gemüthsruhe, Keuschheit, äußere persönliche Freiheit, selbst das Leben. Giftmord ist sehr häufig nichts Anderes, als eine durch Betrug bewirkte Tödtung. Schon die Beschränkung der Willensfreiheit, welche in jeder absichtlichen Täuschung liegt, insofern sie Einfluß auf unser Handeln hatte oder haben sollte, ist Beeinträchtigung eines wichtigen und wesentlichen Gutes, wenn auch kein weiterer Schaden an materiellen Gütern daraus entsteht. — Ebenso können öffentliche Güter des Staates betrüglicher Weise gefährdet oder zerstört werden, und sehr wohl denkbar wäre es, z. B. daß das Verbrechen des Hochverrathes durch das Mittel des Betruges begangen würde, etwa wenn einem Staatsmanne ein Dritter, der dem Interesse des Landes Feind ist, als der Bevollmächtigte einer befreundeten Macht vorgestellt, und Jener dadurch veranlaßt würde, gegen diesen mit Eröffnungen herauszugehen, die, nachdem sie zur Kenntniß des Feindes gekommen sind, die größten

---

5) Eben deßhalb, weil Verbrechen durch das Mittel oder in der Form des Betruges begangen werden können, zählen viele Rechtslehrer den Betrug zu den sogenannten formellen Verbrechen.

Nachtheile, vielleicht den Ruin des Staates herbeiführen. — Zu den gleichsam secundären Gütern des Staates oder der bürgerlichen Gesellschaft sind auch zu zählen diejenigen allgemeinen öffentlichen Einrichtungen, durch welche mittelbar oder unmittelbar die Zwecke des Staates gefördert werden sollen; wohin namentlich (obwohl nicht einzig) sehr viele polizeiliche Einrichtungen gehören. Wird die Wirksamkeit derselben durch Täuschung gestört, so ist ebenfalls jener Schaden verhangen, den wir als objectives Erfoderniß des Betruges bezeichneten; also z. B. wenn Jemand auf der Polizei oder im Stadtthore einen falschen Namen angibt, oder wenn A, der examinirt werden soll, im Vertrauen, daß die Examinatoren ihn nicht persönlich kennen werden, statt seiner den B stellt, den sie ebenso wenig kennen, und dieser sich nun statt des A examiniren läßt.

Die Frage: wenn der Betrug, als Mittel, ein Verbrechen zu begehen, vollendet, und wenn er blos als Versuch anzusehen sei, kann eigentlich gar nicht aufgeworfen werden. Denn es kann von einem Versuche des Betruges, das Wort in jenem Sinne genommen, gar nicht die Rede sein, sondern nur von einem Versuche, das Verbrechen zu begehen, zu dem der Betrug als Mittel gebraucht werden sollte. Ist also der Betrug zu Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvortheils, welcher einen Vermögensnachtheil für den Betrogenen mit sich führt, unternommen, so ist das Verbrechen erst vollendet, wenn der Vermögensnachtheil für den Andern herbeigeführt worden ist; lag ein Verbrechen gegen die Keuschheit einer Person in der Absicht des Betrügers, so ist das Verbrechen erst vollbracht, wenn er seinen wollüstigen Zweck erreicht hat u. s. w. Die Vollendung der Täuschung ohne wirkliche Verletzung des bedrohten Gutes ist hier nur erst Gefährdung jenes Gutes, mithin Versuch des Verbrechens. Zu bemerken ist jedoch, daß bei dem Betruge, bei dem eine Störung der zu Sicherung und Beförderung des öffentlichen Wohles getroffenen Einrichtungen begangen wurde, die Störung selbst mit der Täuschung der Beamten, welche über jene Einrichtung zu wachen hatten, fast immer in ein und dasselbe Zeitmoment zusammenfällt. — Daß es hinsichtlich des bei Eingehung von Verträgen oder überhaupt in Vertragsverhältnissen begangenen Betruges besondere criminalistische Grundsätze gebe, die vielleicht gar sich verschieden gestalteten, je nachdem ein einseitiger oder zweiseitiger Contract in Frage steht, läßt sich nicht behaupten. Höchstens könnte man sagen, daß nur von dem Betruge in Contractsverhältnissen der Satz gelte, der oben in größerer Allgemeinheit aufgestellt wurde: daß in gewissen Fällen nur die in Bezug auf eine Thatsache hervorgebrachte oder benutzte irrige Vorstellung characteristisches Merkmal des Betruges sei, und daß wissentlich gegebener falscher Rath, treulose Versprechungen u. s. w. in dieser Beziehung keine Berücksichtigung finden.

Eine zweite Gattung der unrechtmäßigen Handlungen, die man unter dem Gesammtnamen des Betrugs zusammenfaßt, bilden diejenigen, wo der Betrug nicht blos als Mittel zu einem strafbaren Zwecke

erscheint, sondern abgesehen davon, ob er zu Erreichung eines solchen gebraucht werden sollte oder nicht, auch schon an und für selbst für strafbar zu achten ist. Diese Gattung des Betruges setzt voraus, daß Jemand aus irgend einem Grunde eine Pflicht, die Wahrheit zu sagen, obliege und daß er diese Pflicht verletzt hat. Daß es keine solche allgemeine Pflicht eines Jeden gegen Jeden gibt, ist längst anerkannt. Ebenso wenig aber ist es zu bezweifeln, daß für gewisse besondere Fälle eine solche existirt, nämlich: 1) als allgemeine Bürgerpflicht, theils gegen die Obrigkeit, also vorzüglich gegen die Staatsregierung selbst, theils gegen die bürgerliche Gesellschaft — 2) in besonderen Verhältnissen, des Beamten, Advocaten u. s. w. — überhaupt allenthalben, wo man verpflichtet ist, Jemandes Wohl direct zu befördern, wozu man freilich nur aus besonderen Gründen für verbunden geachtet werden kann. — Als Ausfluß der allgemeinen Bürgerpflicht gegen die Staatsregierung und die in einem gewissen Bezirke und Geschäftskreise sie repräsentirende Obrigkeit erscheint die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, allenthalben begründet, wo der Staat vermöge eines allgemeinen oder besonderen Rechtstitels an denjenigen, der seinen Gesetzen unterworfen ist, eine Frage zu stellen die Befugniß hat, also z. B. bei einer auf den Grund eines Gesetzes gefoderten Vermögensdeclaration, bei Angaben, die Jemand in Folge von Polizeivorschriften zu machen schuldig ist, ganz vorzüglich aber bei Zeugenabhörungen. In allen diesen Fällen wird die Unwahrheit zum Betruge. Dagegen ist es nicht Betrug, wenn Jemand dem Prozeßgegner unwahre Behauptungen entgegenstellt oder wahre ableugnet, dafern er die Unwahrheit nur nicht eidlich bestärkt, denn nur erst durch den Eid bestimmt er die Vorstellung des Richters über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache, außerdem glaubt der Richter der bloßen Versicherung der Parteien gar nicht. Ueberdieß hat die Strafbarkeit des falschen Eides auch noch andere Gründe, deren Entwickelung nicht hierher gehört. Auch die im Criminalprozesse von dem Angeschuldigten ausgesprochene Lüge wird, wenigstens nach gemeinem deutschen Rechte, um deswillen straflos sein, weil im Inquisitionsprozesse der Richter nicht blos Richter, sondern zugleich Ankläger, mithin Prozeßgegner ist. Doch enthalten specielle Gesetzgebungen, z. B. die preußische, abweichende Bestimmungen, und behandeln in solchem Falle das, was eigentlich nur Lüge ist, als Betrug, belegen daher den Lügner mit einer Strafe.

Noch weit allgemeiner und wichtiger ist für gewisse Fälle eine Verpflichtung, die Wahrheit zu sagen, welche Jeder gegen die bürgerliche Gesellschaft hat. Ein gewisses Maß von öffentlichem Glauben und Vertrauen ist eine nothwendige Bedingung des Zusammenlebens der Menschen, und eben deswegen als ein zwar ideales, aber darum nicht minder wichtiges Gut der Gesellschaft anzusehen. Die Verletzung dieses Gutes erscheint in einer doppelten Form: einmal, indem bei denjenigen Dingen, die man im Leben — überhaupt, oder unter gewissen Voraussetzungen — ohne weitere Untersuchung für das, für was sie ausgegeben werden, und was sie ihrer äußern Gestalt nach zu

sein scheinen, anzunehmen pflegt, statt des Echten etwas Unechtes gegeben wird, — und dann, wenn man diejenigen äußeren und sichtbaren Hilfsmittel, die in den Verhältnissen der Menschen unter einander zum Behufe der gegenseitigen Mittheilung und besonders der Beglaubigung gebraucht werden, nachmacht, verfälscht und sonst zur Täuschung mißbraucht. Beispiele der ersten Art sind: Das wissentliche Ausgeben falscher Münzen, das Verkaufen von nachgemachten und verfälschten Waaren unter dem Namen und äußerm Ansehen der echten, der Gebrauch falschen Maßes und Gewichtes und dergleichen mehr. Handlungen dieser Art enthalten einen strafbaren Betrug, auch wenn durch dieselben kein weiterer materieller Schaden entsteht, also wenn derjenige, der falsches Gewicht gebraucht, die Waaren um so viel wohlfeiler gegeben hätte, als die Differenz seines unrichtigen Gewichtes gegen das richtige betrug, oder wenn die unechten Waaren denselben innern Werth gehabt hätten, als die echten. (Gewisse Ausnahmen siehe weiter unten.) Sehr oft haben jedoch Täuschungen dieser Art auch noch materielle Nachtheile für die Getäuschten, z. B. wenn die verfälschten Waaren zugleich einen geringern innern Werth haben, oder der Gesundheit nachtheilig sind, oder wenn derjenige, welcher falsches Maß und Gewicht braucht, sich die verkauften Waaren ebenso bezahlen läßt, als ob Maß und Gewicht richtig gewesen wäre, mithin dem Verkäufer einen Vermögensnachtheil zufügt [6]). Bei der Ausgabe selbstgefertigter falscher Münzen ist es schon an sich klar, daß hier das damit verbundene Verbrechen des Falschmünzens sogar das bei Weitem schwerere und strafbarere ist. — Die zweite Form, unter welcher die öffentliche Treue und der öffentliche Glaube verletzt wird — der Mißbrauch der zur gegenseitigen Mittheilung der Gedanken und Entschlüsse im Verkehr, besonders zur Beglaubigung eines Geschehenen oder einer Willenserklärung unter den Menschen eingeführten Mittel — stellt sich dar in dem Nachahmen von Handschriften, in dem Ausstellen von Urkunden in fremdem Namen, wenn es ohne Wissen und Willen desjenigen, auf dessen Namen sie lauten, oder auch auf den Namen eines gar nicht existirenden Individuums und in der Absicht geschieht, daß die Personen, in deren Hände sie kommen, sie für echt, d. h. von demjenigen, den die Urkunde selbst als Aussteller bezeichnet, herrührend halten sollen; der Gebrauch fremder Siegel zu demselben Zwecke, die mißbräuchliche Anwendung von gewissen Stempeln und Zeichen, die in Folge eines allgemeinen Gebrauches oder einer polizeilichen Einrichtung eine gewisse Bedeutung haben, z. B. wenn Jemand auf Löffel, welche von unedlem, aber silberähnlichem Metalle gefertigt sind, das Zeichen der Silberprobe setzt u. s. w. Auch diese Handlungen sind schon an und für sich strafbar, eben weil durch sie das öffent-

---

6) Auch der Betrug beim Spiele ist hierher zu rechnen, denn auch hier setzen die Mitspieler voraus, daß Jeder von ihnen die Regeln des Spieles beobachtet und namentlich dem Zufalle dasjenige überläßt, was demselben nach der Idee des Spieles gebührt.

liche Vertrauen, Treu und Glauben gestört wird. So ist derjenige, der einen falschen Wechsel macht und diesen in Circulation setzt, schon dann strafbar, wenn er auch nicht im Mindesten die Absicht gehabt hat, Jemand dabei um Geld zu betrügen, und auch wirklich Niemand dabei betrogen worden ist, sondern der Aussteller denselben eingelöst hat, — er ist strafbar schon deswegen, weil er ein Mittel der Beglaubigung, das für den Verkehr der Menschen äußerst wichtig ist, gemißbraucht hat; ebenso derjenige, der einen falschen Paß verfertigt, und in demselben den Namen und das Siegel einer Polizeibehörde nachmacht, gesetzt auch, daß die Angaben im Passe über des Inhabers Namen, Stand, Gewerbe u. s. w. vollkommen richtig wären. Hier kommt übrigens zum Mißbrauche eines Mittels der gegenseitigen Mittheilung und Beglaubigung auch noch die Störung einer zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit von Staatswegen getroffenen Maßregel. — Die Nachahmung von fremden Fabrikzeichen, Waarenetiquetten u. s. w. gehört eigentlich nicht hierher. Wird sie benutzt als Mittel, den Käufer zu betrügen, der echte Waare zu kaufen glaubt und unechte erhält, so ist sie zu der vorhin erwähnten ersten Classe zu zählen; — ist aber die unter fremdem Stempel verkaufte Waare ebenso gut und vielleicht wohlfeiler, als die, welche der rechtmäßige Inhaber des Stempels oder Fabrikzeichens liefert, ist es wenigstens dem Käufer gleichgiltig, ob er diese oder jene hat, so ist ein solches Verfahren gar nicht mehr als wirkliches Vergehen zu betrachten, sondern kann höchstens aus polizeilichen Rücksichten, etwa als eine Störung der beim Handel nothwendigen Ordnung, oder auch als eine Schmälerung des Gewerbbetriebes eines Dritten bestraft werden. — Beispiele der Pflicht der Wahrhaftigkeit in besonderen Verhältnissen und der Arten und Weisen, wie sie verletzt werden kann (etwa wenn ein Beamter wissentlich falsche Nachrichten in die Acten oder Hypothekenbücher einträgt), bieten sich zu sehr von selbst dar, als daß es nöthig wäre, dergleichen anzuführen. — Die Vergehungen, wo die Pflicht, Wahrheit zu sagen, verletzt wird, nennt man im Allgemeinen Fälschung. In einem engern Sinne versteht man unter Fälschung diejenige Täuschung, welche bewirkt wird, indem man in rechtswidriger Absicht einen Gegenstand hervorbringt, oder einen schon vorhandenen verändert, Beides dergestalt, daß dadurch eine schwer zu unterscheidende Aehnlichkeit mit einem andern Gegenstande hervortritt. Man unterscheidet noch Fälschung von der Verfälschung, und nennt es Fälschung, wenn ein Gegenstand, der den Schein eines anderen an sich trägt, hervorgebracht, und Verfälschung, wenn ein schon vorhandener Gegenstand auf die besagte rechtswidrige Weise verändert wird. Das Verbrechen ist vollbracht, nicht schon, wenn der zur Täuschung bestimmte Gegenstand gefertigt oder rücksichtlich verändert worden, sondern erst, wenn Jemand arglistiger Weise durch die Fälschung oder Verfälschung getäuscht worden ist. Daß ein materieller Schaden daraus entstanden sei, ist zum Begriffe nicht nothwendig. Ist aber

ein solcher Schaden entstanden, so tritt zu der Fälschung ein neues Verbrechen hinzu.

Bestrafung des Betruges und der Fälschung. Beim Betruge, als Mittel zum Verbrechen, kann nur die Bestrafung des Verbrechens, das durch den Betrug begangen worden ist, in Frage kommen. Indessen sind noch einige specielle Bestimmungen hier zu erwähnen. Das Hauptprincip über Strafen des Betruges ist folgendes: Ist direct die Beschädigung eines Andern beabsichtigt worden, so tritt jedesmal Strafe ein, sobald nur die Handlung stattgefunden hat, durch welche die Täuschung des Andern in arglistiger Absicht bewirkt werden sollte. Es kommt in diesem Falle nichts darauf an, ob der Schaden schon geschehen ist, oder nicht (denn hier wenigstens ist auch schon der bloße Versuch strafbar), desgleichen ob der Betrüger den Irrthum des Hintergangenen durch positive Thätigkeit hervorgebracht, oder schon vorgefunden und nur zu seinen rechtswidrigen Zwecken benutzt hat, ebenso ob dieser Irrthum error iuris oder facti war. — Lag dagegen nicht Schadenstiftung, sondern nur Erlangung eines, wenn auch mit fremdem Nachtheile verbundenen Vortheiles in der Absicht des Betrügers, so kann nach der teutschen gemeinrechtlichen Praxis (denn die gesetzlichen Bestimmungen sind sehr ungenügend und unvollständig) nur dann gestraft werden, wenn folgende Erfoderniße zusammentreffen: I. Es muß sich der Irrthum des Betrogenen nothwendig auf eine Thatsache bezogen haben. Es wird also hier der unredliche Rath, das nichterfüllte Versprechen, der hervorgebrachte oder benutzte Rechtsirrthum nicht beachtet. (Von dem Falle, wo Jemand zu directer Beförderung fremden Wohles verpflichtet ist und wo also auch der absichtlich schädliche Rath u. s. w. strafbar sein würde, ist hier natürlich nicht die Rede.) Jedoch kann der geflissentlich hervorgebrachte Rechtsirrthum nach Umständen als Irrthum über eine Thatsache angesehen werden, z. B. wenn Jemand sagt, daß so eben ein Gesetz erschienen sei, worinnen dieß oder jenes erlaubt, oder verboten werde. — II. Es muß in Folge des hervorgebrachten oder benutzten Irrthumes ein rechtswidriger Nachtheil für Jemand, die Verletzung irgend eines öffentlichen oder Privatgutes, entstanden sein, gesetzt auch, daß dieser Nachtheil nicht den Betrogenen unmittelbar trifft. Oft genügt auch schon die bloße Gefährdung eines solchen Gutes (d. i. der Versuch des Verbrechens, welches durch den Betrug begangen werden sollte), um Strafbarkeit zu begründen. Wenn das Eine und wenn das Andere als Erfoderniß der Strafbarkeit anzusehen, ingleichen wenn nur die Hervorbringung, oder auch schon die bloße Benutzung eines nicht selbst hervorgebrachten Irrthumes sich zur Bestrafung eigne, wird aus dem, was unter V. gesagt werden soll, erhellen. III. Es muß dieser error facti in der Absicht hervorgebracht, oder benutzt worden sein, um einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen. Hier ist des Falles zu gedenken, wenn A zwar durch eine Täuschung den Willen des B zu seinem, des A, Vortheile rechtswidrig bestimmte, doch ohne die Absicht, dem B einen materiellen Scha-

den zuzufügen; z. B. er borgt Geld von ihm unter Verpfändung eines unechten Schmuckes, aber in der Absicht, das Geld redlich wieder zu bezahlen. Es ist hier zu unterscheiden, ob dennoch ein materieller Nachtheil eingetreten ist, oder nicht. Ist der Nachtheil nicht eingetreten, hat also in dem gegebenen Beispiele A dem B entweder noch vor der Entdeckung, oder wenn auch nach der Entdeckung, doch sogleich auf die Anfoderung des B das unfreiwillige Darlehn, auch wenn es noch nicht gefällig war, zurück gezahlt, so muß nach Analogie L. 1. C. de crimine stellionatus (IX, 34) Straflosigkeit angenommen werden. Ist aber der Schaden, obschon gegen die Absicht des A, eingetreten, hat er also nicht bezahlen können, so ist seine Handlung aus dem Gesichtspuncte einer culpa dolo determinata zu beurtheilen. Ob die Absicht, dem B einen materiellen Nachtheil zuzufügen, oder ob das Gegentheil derselben angenommen werden soll, ist eine quaestio facti, die nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden muß. IV. Es muß die durch den Betrug herbeigeführte Rechtsverletzung schon von einiger Erheblichkeit sein, wenn Strafe deswegen verfügt werden soll. So würde z. B. keine Strafe eintreten, wenn Jemand den Irrthum eines Frauenzimmers, das ihn in der Dunkelheit für ihren Geliebten hielt, benutzte, blos um sie zu liebkosen und sich von ihr liebkosen zu lassen, ohne ein eigentliches Attentat auf ihre Keuschheit zu machen. Im Allgemeinen ist der Satz richtig, auch von der Praxis anerkannt, nur möchte die Disposition des römischen Rechtes [7]), daß die actio de dolo bei dem Vermögensbetruge nur dann stattfände, wenn der Schaden wenigstens zwei aurei beträgt, heut zu Tage kaum mehr als giltig betrachtet werden, und dem Verfasser dieses Aufsatzes sind sehr viele Fälle bekannt, wo Strafen wegen Betruges auferlegt worden sind, obwohl der Schaden, den der Betrogene erlitten hatte, die Summe von zwei aurei bei Weitem noch nicht erreichte. Wäre nun freilich gar kein Schaden entstanden, noch beabsichtigt, so würde auch gar keine Strafe eintreten dürfen, obwohl immer noch die civilrechtliche Ungiltigkeit eines Geschäftes als Wirkung des Betruges übrig bleiben könnte. Wenn z. B. A eine Sache, wovon er gewiß weiß, daß sie res furtiva ist, von dem B erkauft, der dieß nicht weiß, sondern sie in irrigem, aber gutem Glauben als sein Eigenthum besitzt, so ist B aus diesem Vertrage unverbindlich, aber A wird blos deshalb, weil er wissentlich die mit jenem vitium behaftete Sache kaufte, nicht gestraft. V. Die Bedingungen der Strafbarkeit sind verschieden, je nachdem der durch den Betrug hervorgebrachte Irrthum zu der einen oder der andern der vorerwähnten Classen gehört. 1) Irrthum in der Fassung des Beschlusses und zwar a) in den Bestimmungsgründen.— Wenn A einen solchen Irrthum in dem B durch positive Thätigkeit hervorgebracht, wenigstens durch solche Thätigkeit erhalten hat, so ist er unbedingt strafbar. Wenn er aber nur den vorgefundenen Irrthum zu Erreichung eines unrechtmäßigen Zweckes benutzte, so tritt Strafe

---

7) L. 9. §. 5. L. 10. 11. D. de dolo malo. (4. 3.)

blos dann ein, wenn entweder das verletzte Gut ein schlechthin unersetzliches ist, oder wenn der Betrüger, gesetzt auch daß eine volle Erstattung möglich wäre, sich doch nicht im Stande befindet, dieselbe zu leisten, und zugleich erwiesen ist, oder aus den Umständen hervorgeht, daß er schon zu der Zeit, als er den Betrug verübt hat, erkannte oder vernünftiger Weise sich nicht verbergen konnte, daß er außer Stande sein werde, den gethanen Schaden zu ersetzen, woraus folgt, daß in diesem Falle der bloße Versuch, durch den noch kein Schaden geschehen ist, allemal straflos bleibt. Beispiel: B steht in der Meinung, daß er dem A Geld schuldig sei. A weiß, daß diese Ansicht auf einem Irrthume beruht, nimmt aber dennoch das Geld an. Hier findet wohl der Civilanspruch auf Rückfoderung statt, Strafe aber nur unter der oben angegebenen Bedingung, folglich gar nicht, wenn A das Geld nicht wirklich empfing, sondern B sich noch zu rechter Zeit besann, daß er dem A nichts schuldig sei. Hätte dagegen A dem B weiß gemacht, etwa daß er es sei, der dem B gewisse Waaren, deren Absender dem B unbekannt ist, zugeschickt habe, und hätte den B dadurch veranlaßt, ihm den Preis zu zahlen, so eignete sich dieses Verfahren, ohne Unterschied, ob A ersetzte oder nicht, zur criminellen Bestrafung. Auch würde sogar der bloße Versuch einer derartigen Betrügerei einer Strafe unterliegen. b) Irrte Jemand nur in den einfachen Bewegungsgründen seines Handelns, möge nun dieser Irrthum durch fremde Arglist hervorgebracht, oder nur benutzt worden sein, möge die Verletzung ein ersetzbares oder ein unersetzbares Gut getroffen haben, so tritt (versteht sich, wenn der Betrüger nicht die directe Absicht, dem Andern zu schaden, hatte, sondern nur, wovon wir hier allein sprechen, sich einen Vortheil auf Jenes Kosten verschaffen wollte) gar keine Criminalstrafe ein. Beispiel: A sagt zu B, daß ein benachbarter Staat in der hiesigen Gegend eine sehr bedeutende Anzahl von Pferden aufkaufen lassen werde, wodurch die Preise bedeutend steigen würden. B. kauft nun dem A Pferde ab und bewilligt dafür Preise, die er nie gegeben haben würde, wenn er nicht jene Nachricht für wahr gehalten hätte. Oder um ein schon gebrauchtes Beispiel zu wiederholen: A lügt einer Frau vor, daß er ein Mann von hohem Stande sei, und diese gestattet ihm deshalb den Beischlaf. Hier ist ein unersetzliches, dort ein ersetzbares Gut verletzt, aber in keinen von beiden Fällen würde Strafe eintreten. 2) Irrthum in solchen Voraussetzungen, ohne welche unser Handeln nicht, oder nicht völlig als Ausdruck unsers Willens betrachtet werden kann, und zwar a) in absolut-wesentlichen Voraussetzungen dieser Art. Hier ist sowohl die positive Hervorbringung des Irrthumes, als auch die bloße Benutzung desselben, wenn er auch nicht vom Betrüger hervorgebracht, sondern in dem andern Theile schon vorhanden war, als Moment der Strafbarkeit zu betrachten. Beispiel: A wollte dem C Geld geben, irrte sich aber in der Person und gab es dem B, den er für den C hielt. B bemerkte wohl, daß A sich irrte, ließ ihn aber in diesem Irrthume und nahm das Geld. Es ist kein Zweifel, daß B hier ebenso gut gestraft wird,

als wenn er sich dem A unter dem Namen des C vorgestellt hätte, und nur das Maß der Strafe könnte etwa verschieden, nämlich bei der bloßen Benutzung des nicht hervorgebrachten Irrthumes geringer sein. b) Bei hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen des Handelns treten dieselben Grundsätze ein, wie sie oben bei 1) in Bezug auf die Bestimmungsgründe angegeben worden sind. Der Betrüger ist unbedingt nur strafbar, wenn er positiv thätig gewesen ist. Bei blos negativer Thätigkeit hingegen, d. i. bei bloßer Benutzung eines fremden, von ihm nicht hervorgebrachten Irrthumes, tritt Strafe nur dann ein, wenn das verletzte Gut schlechthin unersetzlich, oder, wenn auch ersetzlich, doch der Betrüger den Ersatz zu leisten nicht im Stande ist, auch zur Zeit des Betruges wußte, oder wissen mußte, daß er nicht würde ersetzen können. Beispiel: A besitzt einen Schmuck von unechten Perlen, B bewundert ihn, gibt zu erkennen, daß er ihn für echt hält und thut ein dieser Ansicht gemäßes Gebot darauf. A läßt ihn in diesem Irrthume, nimmt nach einigem Weigern das Gebot an und verkauft ihm die Perlen, die 2 Thlr. werth sind, für 2000 Thlr. Hier wird A nicht gerade straflos sein, aber er wird, versteht sich, wenn ihm bewiesen werden kann, daß er die Unechtheit der Perlen gekannt hat, doch nur dann bestraft werden, wenn er den B nicht entschädigen kann und zugleich aus den Umständen hervor geht, daß er zu der Zeit, wo der Handel geschlossen wurde, schon wußte und einsah, daß er dem B, wenn diesen der Handel reuen sollte, gerecht zu werden nicht im Stande sein würde. Wir machen jedoch auch hierbei darauf aufmerksam, daß wir blos von dem Falle reden, wo dem A keine besondere Verpflichtung, die Wahrheit zu sagen, oblag, und wo also der Betrug nur als Mittel, ein Verbrechen zu begehen, zu betrachten, nicht aber schon an sich selbst strafbar war. Anders würde sich die Sache gestalten, wenn A einen offenen Laden als Juwelier hielte. Denn bei dem Kaufmanne, der einen offenen Laden hält, wird vorausgesetzt, daß die Waaren, mit denen er handelt, echt sind. Man vergleiche das, was oben über diesen Gegenstand bereits gesagt worden ist.

Das Maß der Strafe ist allenthalben zu bestimmen nach Maßgabe des öffentlichen oder Privatgutes, was durch den Betrug verletzt worden ist oder werden sollte, und es wird im Mangel besonderer positiver Anordnungen den Richter die Strafbestimmung leiten müssen, welche für die auf andere Weise bewirkten Verletzungen derselben Güter in den Gesetzen bestimmt ist, dafern nur diese Strafe nicht etwa um des in anderen Fällen angewandten Mittels selbst, z. B. wegen gebrauchter Gewalt, höher gestellt ist, als es außerdem der Fall sein würde. So wird beim Vermögensbetruge die Diebstahlsstrafe, nicht aber die Strafe für den Raub die Norm abgeben können. Doch reicht diese Analogie nicht immer aus. So z. B. wenn Jemand ein Frauenzimmer durch Betrug zur Gestattung des Beischlafes vermocht hat, so hat er freilich nicht Gewalt angewendet, und man würde also nicht auf die Strafe der Nothzucht erkennen dürfen, aber ebenso we-

nig würde die Strafe der einfachen Unzucht, wo eine solche noch stattfindet, oder gar Strafloſigkeit, wo die Unzuchtsſtrafen abgeſchafft ſind, eintreten dürfen. Denn die Unzuchtsſtrafen ſind eigentlich gar keine Criminalſtrafen, weil die gemeine, mit beider Theile Einwilligung vollzogene Unzucht den Character des Strafbaren entweder gar nicht, oder doch nur inſofern an ſich trägt, als man annimmt, daß ein gewiſſes Maß der öffentlichen Sittlichkeit ein ideales Gut der bürgerlichen Geſellſchaft ſei, welches Gut durch den außerehelichen Beiſchlaf verletzt werde, eine Annahme, die freilich jetzt wenig Beifall mehr findet. In dem Falle, von dem wir ſprechen, liegt offenbar ein ganz anderes und in der That weit größeres Verbrechen vor, ein Verbrechen gegen die heiligſten Rechte der Perſönlichkeit. Demgemäß wird alſo auch die Strafe zu bemeſſen ſein. Sie wird mithin zwar gelinder ſein, als die Strafe der Nothzucht, weil wenigſtens keine offenbare Gewalt verübt worden iſt, aber doch ſehr bedeutend härter, als die Strafe der einfachen Unzucht. Iſt ein Verbrechen, das in der Form des Betruges begangen werden ſollte, noch nicht vollendet, iſt alſo der Nachtheil noch nicht eingetreten, welcher eingetreten ſein würde, wenn die Abſicht des Betrügers wirklich erreicht worden wäre, ſo gelten rückſichtlich der Beſtrafung die gewöhnlichen Grundſätze über die Strafbarkeit des Verſuches.

In allen und jeden Fällen des Betruges iſt, wie ſchon oben bemerkt worden, wenn auch kein materielles Gut verletzt worden iſt, doch da, wo der Betrogene durch die erlittene Täuſchung beſtimmt wurde, etwas zu thun oder zu laſſen, oder zu dulden, was er außerdem nicht gethan, nicht unterlaſſen, nicht geduldet haben würde, zwar immer ein weſentliches Gut des Menſchen, ſeine Willensfreiheit, verletzt worden, was in gewiſſem Maße auch ſchon dann geſchieht, wenn er nur zu einem vergeblichen Handeln betrüglich veranlaßt worden iſt. Indeſſen pflegt dennoch auch dieſe Freiheitsbeſchränkung nur dann als Grund einer Strafe betrachtet zu werden, wenn jenes Thun, Dulden, oder Unterlaſſen noch irgend einen andern (einigermaßen beträchtlichen) Nachtheil für ihn gehabt hat; alſo namentlich, wenn er dadurch in einem nicht unwichtigen Zwecke ſeiner Thätigkeit gehindert wurde, oder wenn das, was geſchehen iſt, ſeine Ehre, Ruhe u. ſ. w. auf eine merkbare Weiſe beeinträchtigte, oder ihn zu einem bedeutenden und vergeblichen Aufwande von Kräften veranlaßte und dergl. mehr. Dann aber iſt auch die Strafbarkeit des Betrügers nicht zu bezweifeln. In dem oben angeführten leſenswerthen Aufſatze Mittermaiers in den Annalen der teutſchen und ausländiſchen Criminalrechtspflege von Demme und Klunge iſt die Frage aufgeworfen: ob wohl A eines ſtrafbaren Betruges ſchuldig ſei, wenn er, um bei der Wahl zur Stelle eines Abgeordneten den B, einen gefährlichen Nebenbuhler, zu entfernen, den Wählern im entſcheidenden Augenblicke erklärte, daß B bereits in einem anderen Bezirke gewählt worden ſei und die Wahl angenommen habe? Der genannte verdienſtvolle Rechtslehrer ſcheint geneigt, dieſe Frage zu verneinen. Wir können jedoch dieſer Anſicht nicht beipflichten.

Es findet hier eine Täuschung in Bezug auf den Bestimmungsgrund statt, welche durch positive Thätigkeit des Betrügers hervorgebracht worden ist. Die Stimmenden mußten, wenn sie die Lüge des A für wahr hielten, es auch für unthunlich achten, dem B nun noch ihre Stimme zu geben. Nun ist es aber selbst für jeden einzelnen Wähler präsumtiv eine sehr wichtige Sache, ob er Diesem oder einem Andern seine Stimme gibt, und es würde mithin schon jeder Einzelne mit Recht sagen können, daß durch jene Unwahrheit und die ihm dadurch widerfahrene Freiheitsbeschränkung ein für ihn wichtiger Zweck gefährdet oder vereitelt worden sei. A würde also, nach den oben entwickelten Grundsätzen, schon deshalb bestraft werden müssen. Eine weit härtere Strafe aber würde zu erkennen sein, wenn sich etwa ergäbe, daß die Mehrzahl der Wähler, durch den Betrug des A getäuscht, statt dem B ihre Stimme zu geben, wie sie gewollt, und wodurch dieser wirklich gewählt worden wäre, dieselbe nunmehr dem A gegeben hätten. Denn hier wäre die Vereitelung des wichtigen Zweckes sogar noch von materiellen Folgen gewesen. Uebrigens würde A schon deshalb strafbar sein, weil er eine für das Wohl des Staates höchst wichtige Einrichtung in ihrer Wirksamkeit gestört hätte. Wir gedenken hier noch eines andern, ebenfalls in dem schon gedachten Mittermaierschen Aufsatze beispielsweise erwähnten Falles. Es gibt sich der A, der von Gerichtsdienern verfolgt wird, an einem Flusse, wo es den Schiffern verboten ist, während der Nachtzeit ohne obrigkeitliche Erlaubniß Jemand überzusetzen, für einen Beamten aus, der in Geschäften schnell auf die andere Seite des Stromes reisen müsse, und erlangt dadurch die Ueberfahrt. Mittermaier ist der Meinung, daß diese Handlung nicht für einen strafbaren Betrug zu achten sei. Wir können auch dieser Ansicht nicht ganz unbedingt beitreten. Zwar hat das Subject jenes Beispieles weder ein öffentliches Gut verletzt, auch nicht einmal eine öffentliche Einrichtung gestört, insofern nämlich nur eine Instruction für die Schiffer, nicht aber ein allgemeines Polizeigesetz existirte, welches die nächtliche Ueberfahrt über den Strom verbot (denn hätte ein solches Polizeigesetz existirt, so läge allerdings eine derartige betrügliche Handlung vor, durch welche eine präsumtiv des öffentlichen Wohles halber getroffene Einrichtung gestört worden wäre). Jedenfalls aber würde jener Flüchtling insofern strafbar sein, als er die Schiffer durch Betrug veranlaßte, zu thun, was gegen ihre Pflicht war, und was sie voraussätzlich nicht gethan haben würden, hätte er sie nicht durch listige Täuschung dazu vermocht. Wegen der Flucht selbst freilich würde er mit keiner Strafe belegt werden können, und daß er geflohen ist, kann man wohl kaum, wie M. thut, einen unerlaubten Vortheil nennen. Ueberhaupt sollte das Wort „unerlaubt" aus der Sprache des Criminalrechtes verbannt werden. Nichts ist unerlaubt, was nicht verboten oder doch für verboten zu achten ist. Eine ausdrücklich verbotene Handlung aber, oder auch eine solche, die, weil sie schlechthin den Character des criminalistischen Unrechtes an sich trägt, für verboten zu achten ist, muß nicht blos **unerlaubt**, sondern **strafbar** genannt werden.

Sobald eines der oben angegebenen und erläuterten Momente bei einer als Betrug in Anspruch genommenen Handlung fehlt, so kann dieselbe nicht mehr als strafbar bezeichnet werden. Sie kann es aber selbst nicht immer, wo jene Momente, wenigstens scheinbar, sämmtlich vorhanden sind. Es hat nämlich bei manchen Dingen die Gewohnheit gewisse Sitten und Gebräuche eingeführt, die das Ansehen einer an sich strafbaren Täuschung haben, welcher Schein aber um deswillen wieder=um hinweg fällt, weil Jedermann die Sitte und Gewohnheit kennt, mithin Niemand getäuscht wird. So z. B. wird in manchen Orten der Rauchtabak in Paketen nach einem leichteren Gewichte verkauft, nach welchem das Pfund nur 28 bis 29 Loth enthält. So bieten die Kaufleute holländische Tabake, französische Liqueurs, englische Stahlwaaren zum Verkaufe aus; allein das Publicum weiß, daß hierunter meistens nichts Anderes zu verstehen ist, als Waaren, welche auf die in jenen Ländern übliche Weise gefertigt und zubereitet sind.

Schließlich ist noch zu bemerken: Wenn der Betrug gegen eine Pri=vatperson, als Mittel, ein Privatverbrechen zu begehen, gebraucht worden ist, so kommt, wie aus allem bisher Gesagten hervorgeht, bei Beantwortung der Frage: ob Strafe erfolgen solle oder nicht? ungemein viel darauf an 1) ob der Betrogene selbst behauptet, daß er durch die ihm gespielte Täuschung zum Handeln bestimmt worden sei, oder einräumt, daß dieß nicht der Fall; 2) ob er die materielle Wirkung, die der Be=trug gehabt hat, für einen Nachtheil achtet, oder ob er sie nicht dafür hält, wenigstens nicht als einen beträchtlichen, oder doch nicht als einen solchen Verlust ansieht, den er einer gerichtlichen Erörterung unterworfen sehen möchte. Daraus folgt, daß der Richter namentlich beim Vermögens=betruge, nächstdem aber auch in allen Fällen, wo der Betrug zur Verübung eines derartigen Verbrechens gebraucht worden ist, wel=ches nur auf Antrag des Verletzten bestraft werden kann, nicht von Amtswegen einschreiten darf, sondern die Denunciation abwarten muß.

Die Strafe der Fälschung ist durchaus willkürlich und es müssen bei Bestimmung derselben die allgemeinen Gründe, welche den Richter bei Bemessung von willkürlichen Strafen leiten sollen, in Anwendung gebracht werden. In den meisten Fällen erscheint jedoch die Fälschung als eigentlicher Betrug, als Mittel, ein anderes Verbrechen zu begehen, und hier wird natürlich die Strafe größer sein, weil zu der Fälschung an sich auch noch das mittelst Betruges bewirkte Verbrechen oder doch der Versuch, ein solches zu begehen, als neues Moment der Straf=barkeit hinzu kommt.

Zuletzt sind noch einige Worte zu sagen über die theils ähnliche, theils verschiedene Bedeutung der Ausdrücke: Betrug, falsum, stel=lionatus, ingleichen über den Unterschied zwischen Betrug, Concussion, Unterschlagung, Grenzzeichenverrückung, strafbarem Banquerout, Prä=varication. — Was Betrug und Fälschung an sich sei, ist Gegenstand der ganzen bisherigen Entwickelung gewesen. Stellionat bedeutet in den römischen Rechtsquellen nicht jeden Betrug, sondern nur denjeni=gen, durch welchen fremde Vermögensrechte, jedoch ohne Anwendung

von Gewalt, verletzt wurden, gleichviel ob Fälschung dabei gebraucht worden war oder nicht, insofern nur das Verbrechen selbst nicht bereits einen eigenen Namen (Diebstahl, expilatio hereditatis u. s. w.) hatte. — Falsum im Sinne der Römer ist nicht ganz gleich bedeutend mit dem teutschen Worte „Fälschung", deren Begriff oben auseinander gesetzt worden ist, und man verstand unter falsum zunächst nur die in der lex Cornelia de falsis verpönten Fälschungen der Testamente und Münzen. Später begriff man unter dieser Benennung auch Fälschung jeder anderen Urkunde, ingleichen falsche Zeugnisse, das Verrathen letztwilliger Anordnungen, das Eröffnen derselben bei Lebzeiten des Testators, ja selbst Treulosigkeiten in Contractsverhältnissen und manche andere einzelne Fälle[8]), was Alles jetzt ohne practischen Werth ist. — Concussion unterscheidet sich von Betrug dadurch, daß beim Betruge der Verstand durch eine falsche Vorstellung getäuscht und hierdurch mittelbar auf den Willen gewirkt wird, bei der Concussion aber die Bedrohung mit einer bevorstehenden, unter dem Scheine Rechtens Jemand zuzufügenden Unannehmlichkeit unmittelbar seinen Willen bestimmt, so daß also hier ein psychologischer Zwang wirkt. Grenzzeichenverrückung enthält an sich gar keine Täuschung, sondern ist unmittelbare rechtswidrige Anmaßung fremden Eigenthumes, die nur durch die falsch gesetzten Grenzzeichen verdeckt werden soll. — Prävarication im heutigen Sinne, Untreue des Advocaten gegen den Clienten zum Vortheile des Gegners, enthält wenigstens ihrem Wesen nach (als Täuschung des Vertrauens, nicht des Erkennens) keinen Betrug, wiewohl sie oft damit verbunden ist. — Strafbarer Banquerout ist ein sehr zusammengesetzter Begriff, dessen Grundbestandtheil aber auf bloßen polizeilichen Vorschriften beruht. Daß wirklicher Betrug oder Fälschung dabei vorkommen, ist nicht wesentlich, sondern blos zufällig. — Mit den Ausdrücken: „Einfacher, qualificirter Betrug" verbindet man keinen ganz genau bestimmten Begriff, sondern versteht meistens darunter jede betrügliche Handlung, insofern entweder noch ein anderes besonderes Verbrechen (Fälschung, Meineid, Bruch einer besonderen Verpflichtung zur Treue u. s. w.) hinzukommt, oder der Betrug selbst, in Betracht der dazu gebrauchten Mittel oder der dadurch beschädigten Güter, als besonders strafbar erscheint. Die römische Eintheilung des dolus in manifestus und nec manifestus paßt auf den heutigen Begriff von Betrug nicht mehr.

Grundsätze des Civilrechtes über Betrug und Fälschung. — Natürlich ist hier nur von dem Betruge (die Fälschung mit inbegriffen) in dem teutschen Sinne des Wortes, wie dieser oben bestimmt worden ist, die Rede, nicht von dem dolus in dem viel weiteren Sinne der Römer, welche Materie eine besondere Behandlung fodert. — Von selbst versteht sich, daß der Betrug nur insoweit civilrechtliche Wirkungen hat, als er sich auf civilrechtliche Gegenstände bezieht, also auf Gegenstände, welche entweder unter das Familienrecht oder unter das

8) Vergl. Roßhirt, Lehrbuch des Criminalrechtes §. 222 flg.

Vermögensrecht fallen, wo also durch den Betrug wenigstens mittelbar ein Privatrecht verletzt worden ist. Es gelten hier, nächst den schon entwickelten allgemeinen Principien, noch folgende Sätze: a) in Beziehung auf den Betrüger. Wer durch Betrug einen Schaden stiftet, muß den ganzen Betrag desselben, nicht etwa blos das, was er widerrechtlich gewonnen hat, dem Betrogenen erstatten, und zwar nach den Grundsätzen der actio triticiaria. Mehrere auctores delicti haften solidarisch. Der Betrag des Schadens kann durch das iusiurandum in litem des Beschädigten gegen den Betrüger in Person, doch nicht gegen dessen Erben oder Bürgen erwiesen werden. Der Schadenanspruch gegen den Betrüger findet aber selbst dann statt, wenn er noch minderjährig ist. Auch kommen ihm keine sonstigen Rechtswohlthaten zu statten. Das pactum, ne dolus praestetur ist ungiltig, außer wenn der Beschädigte bereits wußte, daß er betrogen war und auf Erstattung des dießfallsigen Schadens Verzicht leistet. Der Rechtsnachfolger des Betrügers haftet nur, wenn er successor universalis ist, nicht aber als successor singularis, außer wenn er titulo lucrativo erworben hat, und auch da nur in quantum locupletior factus est[9]). — In Bezug auf den Betrogenen. Die durch Betrug erlangte Willenserklärung ist gänzlich unkräftig, insofern sich der Irrthum, der durch den Betrug hervorgerufen worden ist, auf absolut wesentliche Voraussetzungen des Handelns bezog, nicht blos auf die hypothetisch-wesentlichen, oder auch auf die Gründe, warum der Irrende etwas that. In diesen Fällen ist sie wenigstens nicht schon von selbst nichtig, obschon dem Betrüger, wenn er sie geltend machen will, die exceptio doli (specialis) entgegengesetzt werden kann. Dagegen bestehen ihre schon eingetretenen Wirkungen, z. B. die Eigenthumsübertragung (wovon weiter unten ein Mehreres), — Beides mit gewissen, bald zu bemerkenden Ausnahmen bei letzten Willensverordnungen. Darauf, ob der bei dem Betruge allemal vorhandene Irrthum vincibilis oder invincibilis war, kommt an und für sich nichts an, dafern nur das von dem Betrüger fälschlich Vorgegebene dem Betrogenen überhaupt als Veranlassung zum Handeln dienen konnte und wirklich gedient hat. (S. das, was oben hierüber gesagt worden ist.) Je nachdem der Betrüger direct den Schaden des Betrogenen, oder zunächst nur einen Vortheil für sich, der aber mit dem Schaden des Anderen verbunden war, beabsichtigt hat, genügt zur Begründung des Civilanspruches die bloße Nachweisung der arglistigen Täuschung und des durch sie herbeigeführten Schadens, oder müssen auch die übrigen Erfoderniße, die das Wesen des Betruges bestimmen, vorhanden sein. Auch sind in dem letzteren Falle (wo der Betrüger nicht sowohl dem Anderen schaden, als vielmehr nur sich einen rechtswidrigen Vortheil verschaffen wollte) die oben entwickelten Verschiedenheiten in Hin-

---

9) Glück, Erläuterung der Pandecten, IV. 317. V. 513 flg. XII. 404. 459. XIII. 265.

sicht auf den Umstand von Wichtigkeit, ob der Irrthum durch Betrug hervorgebracht, oder nur dolose benutzt worden ist.

Besondere Grundsätze über Betrug außer Vertragsverhältnissen. Letzte Willensverordnungen, insoweit sie durch Betrug erzeugt worden, sind völlig (auch so weit sie die Vortheile eines unschuldigen Dritten betreffen) nichtig, selbst wenn der Betrug sich nur auf die Bestimmungsgründe (causae) bezieht, dafern sich darthun läßt, daß der Testirer, wenn er die wahre Lage der Sache gekannt hätte, anders disponirt haben würde, was jedoch präsumirt werden soll, wenn der Testator Jemand als einen Verwandten bedacht hat, der es nicht war. — Doch wird immer nur dasjenige unkräftig, was durch Betrug hervorgebracht war. Fällt also freilich die Erbeinsetzung selbst, so ist das ganze Testament nichtig. In der Regel kommt dann die Erbschaft an den Intestaterben. Wenn jedoch durch Betrug Jemand, der ein Testament errichten wollte, an der Errichtung gehindert worden ist, so fällt die Erbschaft dem Fiscus zu[10]). Erklärungen anderer Art haben, wenn sie auch durch dolus hervorgebracht worden sind, an und für sich insofern Rechtsbestand, als der Betrug sich auf die Gründe bezog, aus denen etwas erklärt wurde. Jedoch schließt dieser Rechtsbestand die exceptio doli und die Entschädigungsfoderung gegen den Betrüger keineswegs aus. Sind Willenserklärungen factisch schon in Wirksamkeit getreten, d. h. hat der Betrogene in Hinsicht auf sie etwas gethan, z. B. einer Sache sich entäußert, so ist die Veräußerung an sich rechtsbeständig; sie kann jedoch im Verhältniß zu dem Betrüger, nicht aber im Verhältniß zu dem Dritten, der nicht doli particeps ist, rescindirt werden; doch kann, in Folge der vorhin erwähnten allgemeinen Grundsätze, der successor universalis des Betrügers unbedingt, gleich diesem selbst, und der successor singularis, der aber titulo lucrativo erworben hatte, in quantum locupletior factus est, belangt werden[11]). Bei Erklärungen, worin man auf ein

---

10) Diese Sätze sind nicht ganz außer Streit. Siehe Glück, XXXIII. S. 426 flg. Vergl. Schweppe (4. Ausg. von Mejer) Bd. V. §. 789 und besonders Note 6. — Uebrigens ist die oben im Texte vorgetragene Meinung über die völlige Nichtigkeit einer auf erweislich falscher causa beruhenden Testamentsverordnung die allgemein angenommene; und sie stimmt allerdings mit der gewöhnlichen Theorie über den Irrthum des Testators in der causa überein. Aber freilich ist es noch die Frage, ob der Satz richtig sei, daß die falsa causa überhaupt, auch abgesehen vom Betruge, das, was in Beziehung auf sie im Testamente verfügt ist, absolut nichtig mache, und ob nicht vielmehr eine bloße Restitution ex capite erroris (doli) stattfinde. Die practischen Folgen sind sehr verschieden, je nachdem man das Eine oder das Andere annimmt. Ist A zum Erben eingesetzt, hat er die Erbschaft angetreten und Erbschaftsgegenstände veräußert, es zeigt sich aber, daß die Einsetzung auf einer falsa causa beruhe, so sind die Veräußerungen nichtig, wenn man die Erbeinsetzung für nichtig achtet; sie bestehen aber, wenn man bloße Restitution gegen den error für zulässig achtet, und A ist, wenn er in dolo war, nur zur Entschädigung verpflichtet.

11) Auch dieß war früher sehr bestritten — ist jedoch jetzt fast allgemein anerkannt. Siehe Glück IV. 137.

Recht Verzicht leistet, fällt die Erklärung mit der Wirkung, nämlich mit dem Verluste des Rechtes, in Eins zusammen. Daher geht das Recht verloren, jedoch kann wider denjenigen, der die Verzichtleistung durch Betrug veranlaßte, wenn das aufgegebene Recht ihm selbst zu Gute gekommen ist und er dessen Gegenstand noch besitzt, auf Restitution des früheren Verhältnisses, wenn er ihn aber nicht mehr besitzt, sondern an einen Dritten veräußert hat, nur auf Entschädigung geklagt werden [12]). — Ein durch falsche Urkunden erlangtes Urthel ist völlig nichtig [13]), und es kann sogar die condictio indebiti hinsichtlich des darauf Bezahlten angestellt werden. Betrügereien anderer Art, wodurch günstige Entscheidungen erlangt worden sind, begründen nur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und, wo diese nicht möglich ist, eine Schädenklage [14]).

Betrug in Vertragsverhältnissen. Er kann vorkommen bei Eingehung des Contractes und bei Erfüllung desselben. Ein Betrug der letzteren Art ist practisch ganz wie ein Betrug außerhalb des Vertrages zu beurtheilen und theoretisch nur insofern von jenem unterschieden, daß aus demselben die actio de dolo nicht stattfindet, so lange die Contractsklage noch zureicht, um Vergütung des erlittenen Schadens zu erlangen. In Ansehung des bei Eingehung eines Vertrages verübten Betruges aber sind folgende Fälle zu unterscheiden: I. Das Geschäft ist nichtig, wenn der Betrug die Wirkung hatte, daß der Betrogene in Bezug auf das ganze Geschäft in den absolut-wesentlichen Voraussetzungen seines Handelns irrte. Bei solcher Nichtigkeit geht auch das Eigenthum einer in Folge eines derartigen Betruges gegebenen Sache auf einen Dritten nicht über. Indessen ist diese Nullität doch nur eine relative, d. h. das Geschäft ist nichtig, wenn es der Betrogene als nichtig angesehen wissen will; will er es aber als giltig erkennen, so muß es der Betrüger auch als solches gelten lassen [15]). Zur absoluten Nullität wird sie nur, wenn das durch den Vertrag beabsichtigte Verhältniß, oder die versprochene Leistung physisch, oder rechtlich unmöglich war. II. Außer diesem Falle ist das Geschäft nicht völlig ungiltig [16]). Hier ist zu unterscheiden: 1) Der Betrogene irrt

---

12) L. 4. §. 28. D. de doli mali et metus exceptione. (4. 44.)

13) C. 1—4. C. si ex fals. instrum. (7.58.) L. 11. D. de exceptione. (44. 1.)

14) L. 33. D. de re iudic. (44. 1.) L. 24. D. de dolo malo. (4. 3.)

15) Reinhard, Ergänzungen zu Glück's Erläuterung der Pandecten Th. I. Abth. I. S. 4.

16) Die bisher gewöhnliche Theorie stellt den Satz auf, daß jeder dolus causam dans, jeder Betrug, der den anderen Theil zu Eingehung des Geschäftes veranlaßt habe, dieses Geschäft selbst nichtig mache — dagegen der dolus incidens, d. i. derjenige Betrug, durch den nur diese oder jene Modification des Geschäftes herbeigeführt worden (der Fall sub II. 2.), eine bloße Entschädigungsfoderung begründe. Diese Meinung wird mit scharfsinnigen Gründen bestritten von Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831.) S. 283 flg. — welcher leugnet, daß das in Folge irgend eines Betruges, sei er incidens oder causam dans gewesen, eingegangene

in Beziehung auf das ganze Geschäft und zwar a) in den hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen seines Handelns, oder b) in den Bestimmungsgründen: Beides in Folge des gegen ihn verübten Betruges; oder 2) er irrt in der einen oder der anderen Hinsicht, oder selbst in absolut-wesentlichen Voraussetzungen, jedoch allenthalben nur in Bezug auf eine einzelne Bestimmung oder einen einzelnen Gegenstand des Geschäftes; 3) der Betrug hat nur einen Irrthum auf die Bewegungsgründe hervorgebracht. In dem Falle sub II. 1) kann der Betrüger, so lange der Contract von Seiten des Betrogenen noch nicht erfüllt ist, mit Rechtswirkung auf die Erfüllung gar nicht klagen. Er hat zwar an sich eine Klage, diese kann jedoch durch die von dem Betrogenen entgegengesetzte, freilich zu beweisende exceptio doli (specialis) unwirksam gemacht werden. Dagegen steht es dem Betrogenen frei, den Contract, wenn er sich selbst zu dessen Erfüllung erbieten will, gegen den Betrüger geltend zu machen. In den römischen Rechtsquellen wird dieser Fall oft zu den Nullitäten gerechnet, unstreitig wohl deßhalb, weil eine Klage, die durch eine exceptio perpetua aufgehoben werden konnte, für keine Klage geachtet wurde [17]). Hat der Betrogene den Contract ganz oder zum Theil schon erfüllt, so hat das Verhältniß an und für sich Rechtsgiltigkeit, kann aber wieder aufgelöst werden. Dieser Satz ist von der größten practischen Wichtigkeit. Es erhellt aus ihm, daß, wenn Jemand in Folge eines derartigen Betruges Eigenthum auf einen Anderen, selbst auf den Betrüger übertragen hat, dasselbe wirklich übergegangen ist, was in dem Falle sub I. nicht geschehen sein würde. Noch wichtiger sind die Folgerungen in Bezug auf die Ehe. Diese wird zwar am Häufigsten, wenn Betrug zu ihrer Eingehung Veranlassung gegeben hat, selbst in den Rechtsquellen als matrimonium nullum behandelt, ist es aber dennoch keineswegs. Eine wirklich eingegangene und vollzogene Ehe, bei der ein

---

Geschäft null genannt werden könne; es werde vielmehr der Betrogene, wenn er es verlange, nur dagegen restituirt. Dieß ist in den meisten Beziehungen wahr, wiewohl Burchardi wiederum zu weit geht, wenn er S. 338 behauptet, daß der Betrug auch dann nicht die Nullität des Geschäftes herbeiführe, wenn der dadurch erzeugte Irrthum, auch dafern er nicht dolose hervorgebracht worden wäre, schon an sich die Nullität bewirkt haben würde. — Gewöhnlich bezieht man den dolus causam dans gar nicht ausschließend auf einen Betrug hinsichtlich der Gründe, aus denen der Betrogene das Geschäft eingegangen hat, sondern faßt unter ihm zwei verschiedene Fälle zusammen, nämlich den oben sub I. und den sub II. 1. angegebenen. Das Wahre ist freilich wohl, daß beide Fälle nicht nach gleichen Regeln beurtheilt werden können, und während in dem letzteren in der That nur eine restitutio ex capite doli stattfindet, muß im ersteren nothwendig wirkliche, wenn schon relative Nullität des Contractes anerkannt werden. Denn es ist nicht einzusehen, weßhalb ein Irrthum, der schon als reiner Irrthum das Geschäft nichtig machen würde, weniger wirken sollte, wenn er durch den Betrug des Mitcontrahenten hervorgebracht worden ist.

17) L. 55. D. de verborum signif. (50. 16.) L. 66. L. 112. D. de regulis iuris. (50. 17.) In der L. 71. §. 8. D. de dolo malo (4. 3.) nennt Ulpian eine solche Klage „quasi nullam.“

dolus blos in den Bestimmungsgründen stattgefunden hat — mag der dadurch hervorgebrachte Irrthum auch noch so wichtig und mag es noch so gewiß sein, daß der betrogene Theil dadurch zur Eingehung der Ehe bewogen worden ist — kann um eines solchen Betruges willen (z. B. wegen falscher Angaben über Stand und Herkunft, Amt, Gewerbe, Vermögen des einen Ehegatten) wohl getrennt werden, aber niemals kann es geschehen, daß die Ehe selbst als eine vom Anfang an nicht eingegangene angesehen würde[18]). Es wird also z. B. in solchem Falle das, was der Mann, auch wenn er selbst der Betrüger war, während der Ehe in den gesetzmäßigen Formen und Schranken in Bezug auf das Vermögen seiner Ehefrau gethan hat, zu Recht bestehen, nur wird er zur Entschädigung der betrogenen Gattin verpflichtet sein. — Wenn der Betrogene einen Contract, unter Umständen, wie sie sub II. a) vorausgesetzt werden, schon ganz oder zum Theil erfüllt hat, und nun noch Aufhebung des Geschäftes verlangen will, so steht ihm auch dieß frei, und er kann in solchem Falle nicht nur das Gegebene zurückfodern, sondern auch, wenn dieß zu seiner Entschädigung nicht hinreicht, noch außerdem Ergänzung seines Schadenbetrages von dem Betrüger fodern, ja der Anspruch auf Rückfoderung geht sogar gegen den unschuldigen successor singularis, nur unter den schon angegebenen Beschränkungen, in der Regel also freilich nicht; denn die actio doli ist nicht in rem scripta. Selbst gegen den Betrüger findet in diesem Falle nicht rei vindicatio, sondern, wo die Contractsklage nicht ausreicht, nur actio de dolo statt. — Hat der Betrüger selbst den Contract ganz oder theilweise erfüllt, und der Betrogene will ihn nicht gelten lassen, so kann auch Jener, ungeachtet seines dolus, dennoch das Gegebene zurückfodern. Zögert der Betrogene mit seiner Erklärung, ob er den Contract gelten lassen wolle oder nicht, so kann der Betrüger die Ertheilung dieser Erklärung von ihm verlangen. Haben beide Contrahenten einander gegenseitig betrogen, so wird zwar jeder, wenn er auf Erfüllung klagt, durch die Exception des anderen zurückgewiesen, allein keiner von beiden Theilen kann auf Entschädigung klagen, gesetzt auch, daß der Schaden von beiden Seiten nicht gleich groß wäre[19]). Der Betrug, den bei dem Contracte zwischen zwei Personen ein Dritter spielt, wird wie Betrug außerhalb der Contractsverhältnisse beurtheilt, es sei denn, daß dieser Dritte der Bevollmächtigte des einen oder des anderen Theiles gewesen wäre. Hier besteht der Contract, wenn der Bevollmächtigte, obgleich übrigens in den Grenzen seiner Vollmacht handelnd, dennoch seinen Machtgeber betrog, ohne daß der andere Contrahent colludirte. Betrog aber ein Mandatarius zum Vortheile seines Auftraggebers den anderen Contrahenten, so wird die Sache civilrechtlich so betrachtet, als ob der Auftrag-

---

18) Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes, Th. II. Abth. 3. (Leipzig 1829.) S. 1214 flg.

19) Ueber sämmtliche hier vorgetragene Grundsätze siehe Glück, Erläuterung der Pandecten, IV. 119. und die dort angeführten Gesetze.

geber selbst Betrüger gewesen wäre. Betrug des Vormundes soll dem Mündel weder schaden noch nützen[20]). — In den Fällen unter II. 2) (Fälle, die man gewöhnlich als dolus incidens bezeichnet) kann der Betrogene keine Auflösung des Contractes verlangen, sondern nur Entschädigung vom Betrüger fodern. — Im Falle sub II. 3) hingegen fällt auch der Anspruch auf Entschädigung hinweg. Also z. B.: A macht dem B weiß, es wäre eine Veränderung der Korngesetze in England eingetreten, die Einfuhr völlig frei gegeben, es würden große Quantitäten dorthin ausgeführt und die Getreidepreise fingen deßhalb in Teutschland allenthalben an zu steigen; B glaubt dieß und kauft deßhalb dem A dessen sämmtliche Kornvorräthe ab, und zwar um einen theurern Preis, als der, ihm übrigens bekannte, Marktpreis des Tages war. Dieß hatte A allerdings bezweckt und sich insofern einer unredlichen Täuschung schuldig gemacht. Dessen ungeachtet wird B auf eine Preisverminderung, geschweige denn auf Annullirung des Contractes gegen ihn nicht klagen können. — Daß in allen Fällen, wo Betrug behauptet wird, diese Behauptung von dem, der sie aufstellt, erwiesen werden müsse, bedarf nicht erst der Bemerkung.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Anwendung dieser Regeln oft großen Schwierigkeiten unterliegt. Diese haben jedoch ihren Grund nur darin, daß sich kein fest bestimmtes Merkmal bezeichnen läßt, nach welchem zu beurtheilen wäre, ob in dem Einzelfalle die unwahre Behauptung des einen Contrahenten, durch welche in dem anderen ein Irrthum erzeugt worden ist, als Bestimmungsgrund oder nur als einfacher Bewegungsgrund anzusehen ist. Dieß sind quaestiones facti, die allemal nach Maßgabe der besonderen Sachgestaltungen beantwortet werden müssen. So wird z. B. beim Kaufe die Güte der Waare in der Regel als eine zu der Classe II. 1) und selbst nur zu II. 2) gehörige Thatsache nicht anzusehen sein, daher auch Lobpreisungen der Güte einer Waare für die Mehrzahl der Fälle als Betrug, der einen Schadenanspruch begründete oder gar den Contract aufhöbe, nicht gelten können. Wenn indessen ein bestimmter Grad von Güte, etwa die Brauchbarkeit einer Waare zu einem bestimmten Zwecke, der mit der schlechten Waare gar nicht erreicht werden könnte, verabredet worden ist, oder auch nur zwischen den Contrahenten stillschweigend angenommen wurde, so würde die Täuschung über die Güte der Waare sofort als ein Grund nicht blos einer Entschädigungsfoderung, sondern der Aufhebung des Contractes erscheinen. Auf der anderen Seite würden selbst solche Eigenschaften des Objects eines Kaufes, die auf den ersten Anblick von der Art zu sein scheinen, daß ein Irrthum über sie wenigstens Rescission, wo nicht relative Nullität des Kaufes begründen sollte, nicht einmal zu einer Entschädigungsfoderung berechtigen, wenn nach der Lage der Sache anzunehmen wäre, daß sie auf den Willen des Käufers gar keinen Einfluß gehabt hätte, also etwa wenn, um die oben gegebenen Beispiele noch einmal zu gebrau-

---

20) Glück a. a. O. XXXI. 18—33.

chen, Jemand englische Stahlwaaren, holländischen Tabak, französische Liqueure u. s. w. ausbietet, und der Andere diese Waaren kauft, wo in der Regel nur Waaren, die auf englische, holländische, französische Weise bereitet sind, darunter verstanden werden, und in der Regel Niemand erwartet, auch kein Interesse daran hat, daß jene Waaren wirklich in den Ländern, von denen sie den Namen haben, bereitet sein sollten.

Eine nicht mit Stillschweigen zu übergehende Frage ist die: ob, wenn A an den B durch Betrug eine Foderung erlangt hat und diese an den C abtritt, C aber nunmehr gegen den B ex iure cesso des A klagt, B demselben exceptionem doli ex persona cedentis entgegensetzen könne oder nicht? Burchardi[21]) in dem vorhin angegebenen Werke leugnet es, dagegen gesteht Mühlenbruch[22]) die Wirksamkeit der exceptio doli wenigstens für gewisse Fälle zu. Das Richtige scheint Folgendes zu sein: Wenn A und B einen Contract schließen, und B, hierbei getäuscht durch einen von A ihm gespielten Betrug, in den absolut-wesentlichen Voraussetzungen seines Handelns irrt, so hat A selbst keine Klage, kann also auch keine cediren, und wenn er es doch thut, oder selbst gegen den B klagend auftritt, so kann dieser sich auf die Nullität des Geschäftes beziehen. Wenn aber der Betrug des A sich nur auf die Bestimmungsgründe, oder auf die hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen, unter denen B handelte, bezog, so hatte A eine Klage, er konnte sie also auch cediren. Ist nun der Contract von B nicht erfüllt, so kann B exceptio doli dem A, wenn dieser klagt, entgegensetzen, folglich auch seinem Cessionar C. Wenn aber B den Contract schon erfüllt hatte und durch diese Erfüllung dem A ein anderweites Recht erwachsen war, und er dies an C abgetreten hat, so kann dem C, der aus diesem Rechte vielleicht gegen den B eine Klage hat, von Seiten des B die exceptio doli nicht entgegengesetzt werden. Also z. B. B hat ein testamentarisches Recht auf eine Erbschaft. Wenn er selbige ausschlägt, so fällt sie an den A als Intestaterben. A bestimmt nun den B durch Betrug, die Ausschlagung der Erbschaft zu erklären. Bei der Erklärung eines Verzichtes fällt, wie wir oben gesehen haben, die Erklärung selbst mit ihrer Wirkung in ein Moment zusammen, es geht also die Erbschaft an den A über, der sie sofort an den C abtritt. Hier kann C als Cessionar des A gegen den B, z. B. auf Ausantwortung der Erbschaft, wenn B Inhaber derselben ist, klagen, ohne daß ihm dieser eine auf den Betrug des A gegründete exceptio doli mit Rechtswirkung entgegensetzen könnte.

Aus den entwickelten Grundsätzen erklärt sich ganz ungezwungen die vielfach angefochtene l. 57 D. de contrah. emt. (XVIII, 1)[23]): A verkauft dem B ein Haus, welches schon vor dem Abschlusse des

---

21) Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 325.
22) Die Lehre von der Cession der Foderungsrechte §. 60.
23) Anton. Faber, coni. iur. civ. XII. c. 17. und Ration. ad Pand. ad leg. 57. D. de contrah. emt. Gerhardt Noodt, de forma emend. doli mali c. 11.

Geschäftes gänzlich abgebrannt war. Hier gilt der Kauf in keinem Falle, weil das Object des Vertrages fehlt. Steht aber noch ein Theil desselben, so besteht der Kauf, und A muß, wenn er vom Brande wußte, dem B das Interesse vergüten. Umgekehrt: Wußte B um die theilweise Vernichtung des Kaufobjectes, so bezahlt er den ganzen Kaufpreis an A, wußten beide Theile um den Brand und betrogen sich also gegenseitig, so hat Keiner gegen den Anderen ein Klagerecht, das Haus mag ganz oder theilweise abgebrannt sein. — Daß Jemand gegen den Anderen im Verhältnisse des Schenkgebers zum Schenknehmer steht, schließt nicht aus, daß gegen ihn die Grundsätze vom Betruge angewendet werden. L. 62. D. de aedilit. edict. L. 18. §. ult. D. de donat. — Wenn A den B zu unerlaubten oder abergläubischen Handlungen, z. B. unter dem Vorwande, Anstalten zu Geisterbeschwörungen, Schatzgräbereien u. s. w. zu treffen, oder zu Bestechungen Geld betrüglicher Weise abgelockt hat, so steht dem B keine Klage auf die Foderung zu, weil hier turpis causa vorliegt und der Grundsatz in Anwendung kommt: in pari turpitudine meliorem esse conditionem possidentis[24]). Ist Jemand durch Betrug veranlaßt worden, eine Schuldverschreibung auszustellen, ohne Geld dafür empfangen zu haben, so gilt seine dießfallsige Einrede auch noch nach Ablauf der zweijährigen Frist, binnen welcher an und für sich die Ausflucht des nicht empfangenen Geldes erlöschen würde[25]). — Auch zur Evictionsleistung kann Jemand wegen eines erweislichen Betruges verbunden sein, der sonst deshalb nicht haften dürfte, z. B. der das Pfand verkaufende Gläubiger, wenn er zur Zeit des Verkaufes von dem Rechte des Evincenten unterrichtet war, ingleichen jeder dolose Verkäufer, auch wenn die Sache vor der wirklichen Entwährung durch Zufall zu Grunde gegangen ist; ferner bleibt der betrügliche Auctor dem Regresse ausgesetzt, auch wenn keine Litisdenunciation stattgefunden hat, und kann von dem Käufer nach der wirklich eingetretenen Eviction immer noch auf das Interesse belangt werden[26]). — Wenn im Prozesse eine Urkunde gegen Jemand producirt werden soll, und der Product hat, um den Gegner zu überlisten, diese Urkunde unterschlagen oder vernichtet (was freilich eigentlich nicht unter den Begriff des Betruges fällt), so wird er nunmehr alles dessen, was durch die Urkunde erwiesen werden sollte, für überführt geachtet[27]). — In Societäts-, Depositen- und Mandatscontracten, sowie in den Verhältnissen des Vormundes zum Mündel hatte der Betrug Ehrlosigkeit zur Folge[28]), was

---

24) Nov. VIII. u. Nov. CLXI. Vergl. auch Geiger's und Glück's merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen 2. Bd. Nr. XXXII.

25) Glück, XII. S. 167.

26) Glück, XX. S. 176, 212, 269, 401.

27) C. 5. C. de fide instrument. (4. 21.) C. 20. C. de probat. (4. 19.) Andere, z. B. Nettelbladt (Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelehrtheit §. 302), wollen in solchem Falle dem Producenten nur gestatten, die fragliche Thatsache eidlich zu bestärken.

28) L. 1. L. 6. §. 5. 6. u. 7. D. de his, qui notantur infamia. (3. 2.)

jetzt nicht mehr gilt. — Die römische actio de dolo war in manchen Fällen gegeben, auf welche der Begriff des Betruges gar nicht anwendbar ist. Sie diente dort als Aushilfsklage, um wegen irgend eines rechtswidrig erlittenen Schadens Ersatz zu bekommen, z. B. wenn der Proprietar eine den Nießbrauch aufhebende Umgestaltung der Sache zum Nachtheil des Usufructuars unternommen hatte[29]). Dagegen war sie andrerseits wiederum sehr vielen Einschränkungen unterworfen, die jedoch größtentheils dadurch umgangen werden konnten, daß man statt ihrer eine actio in factum anstellte[30]). Die wichtigsten Eigenthümlichkeiten der actio de dolo waren: daß sie nur dann angestellt werden konnte, wenn der Schaden die Summe von 2 aurei überstieg (was jetzt auch in civilrechtlicher Hinsicht kaum mehr practisch sein dürfte), daß der Beklagte ehrlos wurde, wenn er das arbitrium iudicis, welches ihm die Restitution und Schadloshaltung des Klägers auferlegte, nicht gutwillig befolgte, und daß sie binnen zwei Jahren verjährte. Die beiden letzteren Bestimmungen fallen bei der actio in factum weg. Uebrigens konnte weder die actio de dolo, noch die stellvertretende actio in factum angestellt werden, so lange noch ein anderes civilrechtliches Mittel vorhanden war, und man konnte sich selbst da der actio de dolo nicht bedienen, wo exceptio oder replica doli zum Schutze zureichte[31]).

Die schwierige Frage: inwieweit durch Betrug nur ein Civilanspruch begründet werde, und wo derselbe anfange criminell zu werden? beantwortet sich aus der bisherigen Erörterung von selbst. Es wird jedoch nicht unzweckmäßig sein, die dießfallsigen Regeln hier nochmals, freilich nur in ihren Hauptmomenten, zusammenzustellen, besonders um dem sehr häufigen Irrthume zu begegnen, als ob der Betrug, namentlich in Contractverhältnissen, allenthalben strafbar sei, wo der Betrogene den Contract nicht zu erfüllen braucht, oder umgekehrt, als ob allenthalben eine Civilklage angestellt werden könnte, wo der Betrug strafbar ist. Es sind vielmehr folgende Fälle zu unterscheiden:

I. Betrug und Fälschung sind strafbar und geben dem Betrogenen zugleich eine Civilklage oder rücksichtlich eine Exception, wenn 1) die oben ausführlich auseinander gesetzten Erfodernisse der Strafbarkeit eintreten, und 2) durch sie noch außer der Willensfreiheit an sich (die freilich bei jedem strafbaren Betruge gestört wird), auch noch mittelbar oder unmittelbar ein anderweites Privatgut verletzt worden ist. Dieß Letztere braucht nicht eben nothwendig ein Vermögensgegenstand zu sein, sondern es kann sich der Betrug auch auf familienrechtliche Zustände bezogen haben, so daß hierdurch zu Klagen und Exceptionen, die im Familienrechte ihren Grund haben, Veranlassung gegeben wird. Nur wird allemal die wirkliche Verletzung eines

---

29) L. 5. §. 3. D. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. (7. 4.)
30) Glück, V. S. 523 flg.
31) L. 25. D. de dolo malo. (4. 3.) Vgl. jedoch Glück, V. S. 519.

materiellen Gutes, überhaupt die Herbeiführung eines Zustandes vorausgesetzt, dessen Abänderung durch den Civilrichter überhaupt möglich ist.

II. Der Betrug ist strafbar, oder kann es wenigstens sein, ohne daß eine Civilklage oder Exception daraus erwächst: 1) wie sich von selbst versteht, wenn das verletzte Recht oder Gut kein solches war, wie so eben beschrieben worden, oder 2) wenn ein solches Gut zwar verletzt werden sollte, aber nicht wirklich verletzt worden ist, so daß das Verbrechen, welches der Betrüger in der Form des Betruges begehen wollte, nicht wirklich vollbracht wurde, sondern in den Grenzen des Versuches stehen blieb.

III. Der Betrug ist nicht unbedingt strafbar und erzeugt dennoch civilrechtliche Hilfsmittel in folgenden Fällen: 1) wenn der durch den Betrug hervorgebrachte Irrthum sich nur auf die Bestimmungsgründe (deren Unterschied von den Bewegungsgründen sich oben ausführlich dargestellt findet), oder auf die hypothetisch-wesentlichen factischen Voraussetzungen, unter denen der Betrogene gehandelt hat, bezog, und das hierdurch unmittelbar verletzte Gut ein ersetzliches war, auch die Absicht des Betrügers zunächst nur auf Erlangung eines Vortheiles für sich ging (nicht direct auf Beschädigung und Kränkung des Betrogenen). Hier nämlich kann sofort geklagt oder, wenn der Betrüger klagt, excipirt, aber nicht sofort gestraft werden, sondern die Strafe tritt nur erst dann ein, wenn der Betrüger den Ersatz nicht zu leisten vermag und zugleich anzunehmen ist, daß er, schon als er die betrügliche Handlung beging, dieses sein Unvermögen kannte oder vernünftiger Weise nicht verkennen konnte; 2) wenn durch den Betrug noch gar kein materieller Schaden hervorgebracht oder auch nur beabsichtigt worden ist, dennoch aber der Betrogene bei Verträgen in die Lage kam, seine Einwilligung zu einer Vereinigung zu geben, die er nicht zu halten braucht, weil er sich in einem durch den Betrüger hervorgebrachten (oder rücksichtlich wenigstens benutzten) Irrthum befand, entweder über die Gründe, welche die Fassung seines Entschlusses bestimmten, oder über die absolut- oder hypothetisch-wesentlichen Voraussetzungen der Ausführung dieses Entschlusses (etwa, um ein oben gegebenes Beispiel zu wiederholen, wenn A eine Sache an den B verkauft, die er bona fide für die seinige hält, von der aber B weiß, daß sie res furtiva ist).

IV. Die Fälle, wo Täuschung weder criminell strafbar ist, noch ein Civilrechtsmittel gewährt, sind oben ausführlich entwickelt und bedürfen hier keiner Wiederholung. Nur darauf wird nochmals aufmerksam gemacht, daß in den Fällen, wo der Hintergangene nur in Beziehung auf die Bewegungsgründe seines Handelns (im Gegensatze zu den Bestimmungsgründen) irrte, weder ein criminelles, noch ein civilrechtliches Verfahren begründet ist, dafern nicht die Absicht des Betrügers auf mehr als bloßen rechtswidrigen Vortheil, und direct darauf ging, Schaden zu stiften und Anderen wehe zu thun.

Günther.

Beweis und **Beweisverfahren**[1]). Hier soll die Lehre vom Beweise im Civilprozesse mit Einschluß des Beweisverfahrens im Allgemeinen, nämlich abgesehen von den einzelnen Beweismitteln und dem Gebrauche derselben, kurz dargestellt werden.

I. Begriff des Beweises[2]).

Man hat das Wort Beweis in den verschiedensten Bedeutungen aufgefaßt, wodurch große Verwirrung in der Doctrin entstand. Noch jetzt versteht man gewöhnlich blos die Handlung einer Partei darunter, woraus unter Anderem der Streit über den Umfang der Beweismittel entstehen mußte. Der Begriff des Beweises kann im Civilprozesse nichts Anderes sein, als der allgemeine Begriff des Beweises in seiner Anwendung auf den Civilprozeß. Beweis im Allgemeinen ist der zureichende Grund (ratio sufficiens) für die Gewißheit (Wahrheit) einer Behauptung. Behauptung ist ein Satz, welcher den zureichenden Grund für seine Gewißheit nicht äußerlich erkennbar an sich trägt, darum ungewiß ist und des Beweises bedarf. Der Beweis im Civilprozesse kann demnach nichts Anderes sein, als der rechtlich zureichende Grund für die rechtlich erfoderliche Gewißheit einer von einer Partei zur Geltendmachung oder Abwendung eines Rechtsanspruches vor Gericht vorgebrachten Behauptung. Die Richtigkeit dieses Begriffes dürfte unter Anderem auch daraus folgen, daß er auf jeden Civilprozeß, auf welchem Systeme dieser auch beruhen mag, vollkommen paßt und deßhalb in der That nur die allgemeinen Merkmale in sich faßt. Die Frage, wer den zureichenden Grund für die Gewißheit

---

1) Dig. de probat. et praesumtionibus. (22. 3.) Cod. de probat. (4. 19.) Decretal. de probat. (2. 19.) und de praesumt. (2. 23.) Clement. de probat. (2. 7.) Zimmern, röm. Rechtsgeschichte, Bd. III. §. 132 u. 147. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses, Abth. I. Band I. Bonn 1834. §. 24. Rogge, das Gerichtswesen der Germanen, Halle 1820. bes. §. 16. Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverf. Heidelb. 1824. bes. §. 1, 23, 71, 139 und 188. G. E. Albrecht, doctrinae de probationibus sec. ius germanic. medii aevi adumbratio (pars prior) Regimonti 1825. Jos. Mascardi, conclusiones probationum. III. coll. Francof. 1704. v. Tavenar, Theorie des Beweises im Civilprozesse, Ausgabe von Jury, Magdeburg 1805. E. C. G. Schneider, vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen, Gießen 1803. A. D. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, Halle 1805. 2. Ausg. von Hefftter 1832. Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilprozesse, Braunschw. 1822. Walch in Martin's Magazin, Bd. I. S. 63 flg. Gönner, Handbuch des Prozesses, Bd. II. Abh. 37. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd. XXII. §. 1144 flg. Reinhardt, Handbuch des Prozesses, Bd. I. §. 49 flg. Gesterding, Ausb. von Nachforschungen, Bd. IV. Abth. II. S. 24 flg.

2) Gönner, Walch und Gesterding a. a. O. Weber a. a. O. Nr. I. Gensler im Archiv für civil. Praxis, Bd. I. S. 26 flg. Mühlenbruch, Entwurf des Civilproz. Halle 1827. S. 153. Man sehe auch Glück a. a. O. S. 225 flg. Martin, Lehrbuch (12. Ausg. 1838.) §. 127. Linde, Lehrbuch §. 234.

einer Behauptung herbeizuschaffen habe, ist von dem Begriffe des Beweises ganz unabhängig; denn sie betrifft die Verbindlichkeit zur Beweisführung (Beweisung, probatio), welche man in der Doctrin und Praxis freilich auch Beweis nennt. Es ist niemals rathsam, ein und dasselbe Wort in verschiedenen Bedeutungen zu gebrauchen, weil dadurch nur zu leicht Verwirrung entsteht; wenn es aber geschieht, und wegen des einmal herrschend gewordenen Sprachgebrauches nicht wohl vermieden werden kann, so muß man wenigstens die verschiedenen Bedeutungen genau unterscheiden. In Bezug auf das Wort Beweis hat man nun eine dreifache Bedeutung zu unterscheiden: 1) den Beweis in dem aufgestellten Begriffe, als den zureichenden Grund für die Gewißheit einer Behauptung. Die Doctrin nennt den Beweis in diesem Sinne auch das Resultat der Beweisführung, oder des Richters Ueberzeugung. Dieß ist ungenau. Wohl kann jener Grund das Resultat der Beweisführung sein, er ist es aber nicht nothwendig, da er auch ohne diese eintreten, z. B. in dem Geständnisse des Gegners des Behauptenden liegen kann. Sodann führt die Beweisführung nicht immer zu diesem vollständigen Resultate, bewirkt also nicht immer des Richters Ueberzeugung in dem rechtlich erfoderlichen Grade, wie die sogenannten unvollständigen Beweise zeigen. Gleichwohl darf man den allgemeinen Begriff, wie er oben aufgestellt wurde, nicht aufgeben, da er nicht nur an sich begründet ist, sondern auch den Maßstab für die Beurtheilung des Resultates der Beweisführung gewährt, ob und inwieweit nämlich dieses genügend sei. Daher ist es am Angemessensten, den Beweis, als das Ergebniß der Beweisung, noch besonders neben jenem allgemeinem Begriffe zu unterscheiden. 2) Den Beweis in der schon berührten Bedeutung der Beweisführung, in welcher er allein als eine Parteihandlung, oder vielmehr als ein Inbegriff von solchen Handlungen erscheint, welche den Gegenstand des Beweisverfahrens bilden, und 3) den Beweis in der Bedeutung von Beweisgründen, durch welche nämlich der Richter von der Gewißheit der Thatsachen überzeugt werden soll.

Die Wahrheit (Gewißheit), welche im Civilprozesse zureichend und daher Ziel der Beweisung ist, nennt man gewöhnlich eine förmliche im Gegensatze der materiellen. Man würde aber sehr irren und den Geist der Prozeßgesetzgebung völlig verkennen, wenn man glaubte, das Streben dieser letzteren sei nicht auf wirkliche (materielle) Wahrheit gerichtet. Die Gesetzgebung konnte die Beurtheilung des zureichenden Grundes für die Wahrheit von Thatsachen zwar nicht dem subjectiven Meinen des Richters unbedingt überlassen, da ein solcher Spielraum des richterlichen Ermessens leicht zur Willkür und jedenfalls zur Ungleichheit in der Rechtspflege führen würde; darum gab sie bestimmte Vorschriften für jene Beurtheilung, indem sie in diesen festsetzte, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen eine Thatsache in der Weise für wahr anzunehmen sei, daß jedes weitere Bestreiten derselben ausgeschlossen ist. Allein jene Vorschriften sind

allerdings auf die Erzielung der wirklichen Wahrheit berechnet; wobei freilich die eigenthümliche Natur der Privatrechte, über welche nämlich freie Verfügung selbst mittelst Verzichtes stattfindet, ganz besonders berücksichtigt und daher das Meiste von der Privatwillkür abhängig gemacht wurde. Dieß ging um so mehr an, als bei dergleichen Behandlung beider prozeßführenden Theile keiner von denselben einen Grund zur Beschwerde über Unrecht hat. Man würde daher, da es auf die Form allein nicht ankommt, ja diese selbst mit die Erzielung der wirklichen Wahrheit bezweckt, die im Civilprozesse erfoderliche Wahrheit weit bezeichnender die civilprozeßrechtliche oder rechtliche nennen, insofern nur die Thatsache als prozessualisch wahr angenommen werden darf, für welche ein nach den Rechtsnormen zureichender Grund der Gewißheit actenkundig vorliegt.

II. Beweismittel und Beweisgrund[3]). — Beweiskraft.

Ueber den Begriff von Beweismittel war man in der Theorie von jeher uneinig, wovon der Grund, wie schon angedeutet wurde, hauptsächlich in der beschränkten Auffassung des Beweises, als einer Parteihandlung, zu suchen ist. Denn hiernach konnte man, der Consequenz zufolge, nur solche Mittel als Beweismittel gelten lassen, welche eine Partei zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung gebraucht. Dieß führte natürlich zu dem Streite, ob die vom Richter selbst zur Herstellung der Gewißheit angewandten Mittel, namentlich wenn diese Anwendung ohne vorgängige Auffoderung einer Partei, mithin von Amtswegen erfolgt, und ob Geständnisse, Rechtsvermuthungen ꝛc., welche gar keine besondere Parteihandlung zum Zwecke der Beweisung nöthig machen, Beweismittel seien. Die Wissenschaft verlangt auch hier, wie bei dem Begriffe des Beweises, womit der Begriff von Beweismittel zusammenhängt, eine sorgfältige Ausscheidung solcher Merkmale vom Begriffe des Beweismittels, welche nicht im Wesen der Sache liegen und daher nur äußerlich und zufällig sind. Beweismittel im Allgemeinen ist hiernach Alles, was zur Begründung der prozeßrechtlichen Wahrheit einer Behauptung dient. Daß auch Geständniß, Notorietät, richterlicher Augenschein, Sachverständige, Rechtsvermuthungen, selbst Schlußfolgerungen, insofern sie zur Bewahrheitung einer Behauptung führen, zu den Beweismitteln in diesem Sinne gehören, unterliegt wohl keinem Zweifel. Der Umstand, daß bei einigen Beweismitteln ein durch die beweispflichtige Partei zu beginnendes besonderes Verfahren zu dem Gebrauche derselben erfoderlich ist, bei anderen aber nicht, und daß von einigen sogar der Richter von Amtswegen Gebrauch machen

---

3) Walch a. a. O. S. 77 flg. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. I. S. 29 flg. und 258 flg. Martin, Lehrbuch §. 127. Gönner a. a. O. §. 19 flg. v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 80b. Reinhardt, Handbuch I. §. 149 flg. Linde, Lehrbuch §. 235. Gesterding a. a. O. S. 46 flg. W. H. Puchta, der Dienst der teutschen Justizämter ꝛc. II. Bd. Erlangen 1830. §. 195.

darf, bei anderen hingegen den Antrag der betreffenden Partei abwarten muß, gehört nicht zum Begriffe des Beweismittels, sondern ist nur bei der Classification der Beweismittel hinsichtlich der Beweisführung oder des Gebrauches derselben von Einfluß. Hiernach nennt man gewöhnlich diejenigen Beweismittel, welche eine besondere Handlung der beweispflichtigen Partei nothwendig machen, Beweismittel im eigentlichen oder engeren Sinne (eigentliche Beweismittel) im Gegensatze der Beweismittel im uneigentlichen oder weiteren Sinne (uneigentliche Beweismittel), bei welchen nämlich diese Nothwendigkeit nicht eintritt, und welche man eben deßhalb häufig gar nicht zu den Beweismitteln rechnete; was natürlich diejenigen, die den Beweis nur als eine Parteihandlung auffassen, vermöge der Consequenz thun müssen. Diese Abtheilung der Beweismittel gewährt übrigens weder einen wissenschaftlichen noch practischen Nutzen und könnte daher füglich entbehrt werden, da auch die uneigentlichen Beweismittel ebenso zur prozessualischen Gewißheit führen können, wie die eigentlichen, und deßhalb ein innerer oder Sach-Unterschied zwischen beiden Arten gar nicht stattfindet. Nutzlose Abtheilungen, wohin alle, auf blos zufälligen Umständen beruhenden gehören, verwirren nur und sind darum in der Wissenschaft zu vermeiden.

Von dem Beweismittel unterscheidet die Theorie noch den Beweisgrund, d. i. der Grund zur Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Behauptung, oder den die richterliche Ueberzeugung wirklich begründenden Inhalt eines Beweismittels, welches, wie z. B. Reinhardt[4]) sagt, nur in seiner Anwendung gedacht, Mittel, in Hinsicht auf seinen Erfolg aber Grund der richterlichen Ueberzeugung sei. Andere[5]) gehen noch weiter und zerspalten den Beweisgrund abermals in den factischen, d. i. das thatsächliche Ergebniß des Gebrauches eines Beweismittels, und in den juristischen Beweisgrund, d. i. das rechtliche Resultat, welches der Richter durch seine juristische Reflexion aus dem factischen Beweisgrunde für seine Ueberzeugung abstrahirt. Allein auch diese Distinction gewährt nicht den geringsten Nutzen. Wohl kann man auch bei dem Ergebnisse eines Beweismittels das rein Thatsächliche und dessen juristischen Werth unterscheiden, allein dieß ist nichts dem Beweise Eigenthümliches, sondern tritt in der ganzen Rechtswissenschaft ein, indem jedes Rechtsverhältniß aus Thatsachen und den sie durchdringenden und beherrschenden juristischen Regeln, gleichsam aus Leib und Geist (corpus et animus) besteht. Auch ist der juristische Beweisgrund kein Etwas, welches neben dem factischen vorhanden und von diesem reell unterscheidbar wäre, sondern nur das Factische selbst in seinem juristischen Werthe betrachtet, in seiner Beziehung auf das Recht aufgefaßt. Man kann selbst die Unterscheidung zwischen Beweismittel und Beweisgrund füglich

---

4) Handbuch I. §. 151.
5) Z. B. Gensler a. a. O. und Glück a. a. O. S. 227.

entbehren, obwohl Martin[6]) vor der Verwechselung beider Begriffe warnt, ohne jedoch einen genügenden Grund hierfür anzuführen. Denn faßt man das Beweismittel in dem obigen Begriffe auf, so fällt Beweismittel und Beweisgrund in Eins zusammen, indem das Mittel ja eben zur Begründung der Gewißheit dienen soll, mithin das Mittel ohne den in ihm enthaltenen oder bestehenden Grund ein leerer Begriff, und der Grund ohne das Mittel gar nicht vorhanden wäre; man müßte denn die müßige Distinction Gensler's[7]), wonach z. B. der Zeuge das Mittel, das Zeugniß der factische und der juristische Werth des Zeugnisses, der juristische Beweisgrund ist, billigen wollen. Man nennt z. B. den richterlichen Augenschein das Beweismittel und die eigene Wahrnehmung des Richters den Beweisgrund. Allein man kann die richterliche Wahrnehmung von Thatsachen nicht vom Augenscheine trennen, indem jene eben in diesem besteht, jene ohne diesen nicht möglich und dieser ohne jene nichts wäre. Blos die beengte Auffassung des Beweises, als einer Parteihandlung, führte zu dieser Unterscheidung, indem man hiernach dazu kam, den Gebrauch des Beweismittels durch die Partei von dem, durch den Richter zu prüfenden Resultate, dem durch diesen auszumittelnden juristischen Gehalte des Resultats, als den eigentlichen Grunde für die richterliche Ueberzeugung (Beweis), somit als Beweisgrund zu trennen. Hiernach dürfte man z. B. das Geständniß nicht einmal als Beweisgrund gelten lassen, da dasselbe nicht als das Ergebniß eines, von einer Partei gebrauchten Beweismittels erscheint. Gleichwohl führt man das Geständniß sogar unter den (wenigstens uneigentlichen) Beweismitteln, und stets unter den Beweisgründen auf, wiewohl man auch wieder sagt, daß das Eingestandene keines Beweises bedürfe, während es richtiger hieße, eine Behauptung, welche der Gegner eingestanden hat, sei mittelst des Geständnisses bereits erwiesen worden. So wird z. B. auch der Zeuge erst durch seine Aussage, durch das Zeugniß, in Wahrheit ein Zeuge, der ja ohne dieses gar nicht gedacht werden kann. Das Einzige, was man neben dem Beweismittel juristisch unterscheiden kann, ist die Beziehung desselben auf den Zweck, die juristische Wahrheit, ob und in welchem Grade es diese überhaupt zu bewirken vermag, und im besonderen Falle nach seiner besonderen äußeren und inneren Beschaffenheit in der That bewirkt, d. i. die rechtliche Beweiskraft (vis probandi) desselben, von welcher die Prozeßlehrer zwar immer sprechen, aber sie selten begrifflich bestimmen. Die Beweiskraft im Allgemeinen ist nämlich die rechtliche Wirkung, welche ein mit allen gesetzlichen Erfodernissen versehenes Beweismittel für die Begründung der rechtlichen Wahrheit einer Behauptung nach den Rechtsvorschriften überhaupt hat. Die Beweiskraft im besondern, wirklich zu beurtheilenden Falle ist sodann das Resul-

---

6) Lehrbuch §. 134. Note i.
7) Im Archiv a. a. O.

tat der richterlichen Beurtheilung, indem der Richter das fragliche Beweismittel hinsichtlich der äußeren (formellen) und inneren (materiellen) Erfoderniſſe deſſelben unter die Geſetzesvorſchriften (die Rechtskraft im Allgemeinen) ſubſumirt, und hiernach, je nachdem es nämlich dieſen Vorſchriften mehr oder weniger vollkommen entſpricht, den rechtlichen Werth des Beweismittels in concreto beſtimmt, ob und in welchem Grade es die fragliche Behauptung in der That rechtsgenügend bewahrheitet.

Die einzelnen Beweismittel, welche hier blos namhaft gemacht werden können, ſind[8]): 1) Notorietät, 2) Geſtändniß, 3) Eid, 4) Urkunden, 5) Zeugen, 6) richterlicher Augenſchein, 7) Kunſtverſtändige, 8) geſetzliche Vermuthungen und 9) richterliche Schlußfolgerungen. Als Beweisgründe führt man auf[9]): 1) der Parteien eigene Erklärung über die Wahrheit einer Thatſache, Geſtändniß und eidliche Bekräftigung, 2) des erkennenden Gerichtes eigene, bald ſinnliche, bald rationelle Wahrnehmung, 3) die Ausſagen dritter Perſonen — der Zeugen und Sachverſtändigen und 4) geſetzliche Vorſchrift, eine beſtimmte Meinung von der juriſtiſchen Wahrheit oder Probabilität einer Thatſache ſelbſt alsdann anzunehmen, wenn keiner der übrigen Beweisgründe dafür vorhanden iſt, d. h. Rechtsvermuthung.

Hierüber nur Einiges. Aus der Nebeneinanderſtellung der Beweismittel und der Beweisgründe dürfte ſich von ſelbſt ergeben, wie unfruchtbar die Unterſcheidung zwiſchen jenen und dieſen ſei. Wir würden deßhalb blos die Beweismittel mit Umgehung der Beweisgründe namhaft gemacht haben, läge uns nicht daran, auch die gewöhnliche Theorie zur Kenntniß der Leſer zu bringen. Die Doctrin wird deſto mehr von ihren Deſtinctionen verlieren, je mehr die Methode der claſſiſchen römiſchen Juriſten in der lebendigen Auffaſſung und Verdeutlichung des wirklichen Rechtslebens Eingang finden wird. Rudorff läßt z. B. die Beweisgründe ſchon ganz unerwähnt. — Bei der Aufzählung der Beweismittel wurde natürlich darauf, ob ihr Gebrauch eine beſondere Handlung einer Partei nöthig mache oder nicht, gar keine Rückſicht genommen, da dieß nicht bei dem Beweiſe überhaupt, ſondern blos bei dem Beweisverfahren von Einfluß iſt. Die Notorietät wird häufig nicht als ein Beweismittel, oder als ein ſelbſtſtändiger Beweisgrund betrachtet. Es läßt ſich darüber ſtreiten, da wer ſich auf etwas wirklich Notoriſches beruft, keine Behauptung aufſtellt, ſondern eine factiſche Wahrheit vorbringt, mithin jeder Beweis überflüſſig iſt. Zweifelhaft kann hierbei

---

8) Man vergl. Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorleſungen über den ꝛc. Civilprozeß, 3. Ausg. Bonn 1832. S. 57 flg. und beſonders Rudorff, Grundriß zu Vorleſungen über den ꝛc. Civilprozeß, Berlin 1837. §. 61 flg. S. 120 flg.

9) Man ſ. z. B. Martin, Lehrbuch §. 127a.

nur die Frage sein, ob etwas wirklich notorisch sei? Der Eid, insofern er zur Beweisung gebraucht wird, ist entweder eine eidliche Bekräftigung einer eigenen Behauptung oder eine eidliche Bekräftigung des Verneinens der Behauptung der anderen Partei, und gewährt sonach keinen inneren Grund für die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung. Die Urkunden sind blos wegen des Einflusses ihrer Form auf die Beweiskraft und wegen des darauf bezüglichen Verfahrens als ein besonderes Beweismittel zu betrachten, indem sie materiell nur andere Beweismittel, z. B. Geständnisse, Zeugnisse ꝛc. enthalten können. Bei den gesetzlichen Vermuthungen müssen die factischen Voraussetzungen und bei den richterlichen Schlußfolgerungen die factischen Prämissen durch andere Beweismittel dargethan werden, insofern jene oder diese bloße Behauptungen sind. Uebrigens darf man die gesetzlichen Vermuthungen und die richterlichen Schlußfolgerungen nicht mit einander verwechseln, da jene auf allgemeinen, diese aber auf besonderen Gründen beruhen, und bei jenen schon das Gesetz die Folgerung ausgesprochen hat, welche bei diesen erst der Richter ziehen muß.

III. Arten des Beweises.

Man unterscheidet verschiedene Arten des Beweises, obwohl es an sich, wenn man nämlich auf den allgemeinen Begriff desselben Rücksicht nimmt, nur eine Art geben kann, die nämlich in der rechtsgenügenden Bewahrheitung einer Parteibehauptung besteht. Die mancherlei Eintheilungen des Beweises sind daher theils aus den noch übrigen Bedeutungen des Wortes „Beweis" und theils aus anderen äußeren Gründen entstanden. Die wichtigste Eintheilung ist die in 1) Beweis (probatio) und Gegenbeweis (reprobatio)[10]). Den ersteren nennt man im Gegensatze des letzteren auch Hauptbeweis. Ueber den Begriff des Gegenbeweises konnte man sich in der Doctrin bisher noch nicht vereinigen. Der Grund hiervon liegt darin, daß ein innerer oder Sach-Unterschied nicht besteht und daher die Verschiedenheit nur von zufälligen Umständen abgeleitet werden muß, welche sich nicht in wesentliche Merkmale umwandeln lassen. Es besteht kein Sachunterschied; denn was man Gegenbeweis nennt, ist immer auch zugleich die Bewahrheitung irgend einer Behauptung, indem auch der sogenannte wahre oder directe Gegenbeweis, welcher die juristische Wahrheit des Hauptbeweissatzes zu verhindern strebt[11]), diesen Zweck nur durch die Bewahrheitung (Erweisung) solcher Behauptungen erreichen kann, welche

---

10) Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 41 u. 42. Collmann a. a. O. S. 71 flg. Linde, Abhandl. Bd. I. Nr. 2. S. 49 flg. und Lehrbuch §. 236. auch in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. I. S. 148 flg. Martin, Lehrbuch §. 135. Mittermaier im Archiv für civil. Praxis, Bd. VI. S. 342 flg. Reinhardt, Handbuch Bd. I. §. 209 flg. Bayer, Vorträge S. 331 flg. (Ausg. von 1830.) Puchta, der Dienst ꝛc. Bd. I. §. 198. Vergl. auch Bethmann-Hollweg, Versuche ꝛc. S. 396 flg.

11) Linde, Lehrbuch §. 236. Mittermaier a. a. O. S. 350.

entweder die Unzulänglichkeit der für die Beweisung des Beweissatzes gebrauchten Beweismittel, oder mittelbar die Unmöglichkeit der Wahrheit des Beweissatzes selbst, oder unmittelbar die Unwahrheit desselben darstellen, der sogenannte indirecte Gegenbeweis aber im Grunde immer ein Hauptbeweis ist, gegen welchen wieder ein directer Gegenbeweis stattfindet, und daher höchstens den Endzweck mit dem directen gemein hat. Aber selbst dieß ist nur bei dem Beweise der Einreden oder Dupliken ꝛc. der Fall, denn der Beweis der Repliken ꝛc., den man auch indirecten Gegenbeweis nennt, verfolgt denselben Endzweck, wie der Hauptbeweis des Klägers. Wo es bei Abtheilungen an einem inneren Unterschiede fehlt, da tritt nothwendig Unbestimmtheit der Begriffe und so Verwirrung ein. Dem römischen Rechte ist dieser Unterschied völlig fremd. Die Ausdrücke „improbare“ und „reprobare“ bedeuten selbst in den von Mittermaier angeführten Stellen[12]) etwas ganz Anderes, als das Gegenbeweisen; „reprobatio“ kommt im corpus iuris gar nicht vor, und das „erga probationem laborare“[13]), worunter Linde[14]) das reprobare im heutigen Sinne versteht, heißt umgekehrt in Bezug auf den Producenten: „sich Mühe geben, den Beweis zu erbringen“[15]). Die Römer gebrauchten auch da, wo wir jetzt von einem Gegenbeweise sprechen, das einfache probare[16]). Das Vorbringen von Einwendungen gegen die producirten Zeugen ꝛc. kam natürlich auch bei ihnen vor[17]); das war aber noch kein Gegenbeweis, und ist es auch jetzt noch nicht, indem dieser erst in der Bewahrheitung der vorgebrachten Einwendungen besteht. Das canonische Recht spricht schon bestimmter von dem Gegenbeweise, welcher vor den geistlichen Gerichten allgemein statthaft war, durch diese auch bei den teutschen Gerichten üblich und durch die Praxis und Doctrin immer mehr ausgebildet wurde[18]). Da nun der Begriff von Gegenbeweis einmal besteht und selbst in den Reichsgesetzen[19]) vorkommt, so kann er nicht wohl mehr verdrängt werden und es sonach nur darauf ankommen,

---

12) L. 9. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 10. §. 1. D. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 10. D. si servit. vind. (8. 5.) L. 47. D. solut. matr. (24. 3.) Mittermaier a. a. O. S. 344. Note 6.

13) C. 21. C. de prob. (4. 19.)

14) In den Abhandl. a. a. O. §. 2. S. 61.

15) — — Nam res vindicantem ab emtore, suos numeratos nummos adseverantem, erga probationem laborare non convenit: siquidem huiusmodi, licet probetur factum (tamen), intentioni nullum praebet adminiculum. (Denn wer vom Käufer die (gekauften) Sachen vindicirt und (zu diesem Zwecke) behauptet, daß dieselben mit seinem Gelde bezahlt worden seien, soll sich nicht bemühen, dieses Factum zu beweisen, weil es, selbst wenn es erwiesen würde, der Klage doch keine Stütze gewährt.)

16) Z. B. C. 1. C. ad leg. Corn. de sicc. (9. 16.) C. 5. C. de peric. tut. (5. 38.) — Anders das canonische Recht, s. cap. IX. de probat.

17) Nov. 9. cap. 7 u. 9. cf. L. 3. §. 5. u. L. 20. D. de test. (22. 5.)

18) Man s. Mittermaier a. a. O. S. 1344 flg.

19) Z. R. U. §. 54.

den Begriff selbst aus den Umständen, aus welchen er entstanden ist, gehörig zu entwickeln. Der Gegenbeweis ist nur ein relativer Begriff, indem er blos in Beziehung auf den Beweis (Hauptbeweis), und zwar als dessen Gegensatz gedacht werden kann. Wo es keinen Hauptbeweis, von dessen Erbringung nämlich der Sieg des Beweisführers abhängt, gibt, da kann auch von keinem Gegenbeweise die Rede sein, dessen Zweck immer das Gegentheil von dem Zwecke des Hauptbeweises ist. Nach der Art der Erwirkung dieses Zweckes heißt er nun entweder directer (wahrer oder eigentlicher) oder indirecter (uneigentlicher oder irrig genannter) Gegenbeweis. Der erstere will blos das Gelingen des Hauptbeweises und dadurch den Sieg des Hauptbeweisführers verhindern. Sein Thema ist daher kein vorausbestimmbares, so daß von dessen Bewahrheitung der Sieg abhängig gemacht werden könnte. Deßhalb kann er auch nicht im Beweisinterlocute auferlegt, sondern nur vorbehalten werden; was nicht einmal nothwendig ist, da sich dessen Zulässigkeit darum von selbst versteht, weil er nur das wahre Sachverhältniß ermitteln hilft und daher blos eine Parteicontrolirung der Hauptbeweisführung in ähnlicher Weise ist, wie z. B. die Fragstücke bei dem Zeugenbeweise, welche jedoch noch kein Gegenbeweis sind, da dieser die gegen den Hauptbeweis gerichteten Anführungen auch durch bestimmt namhaft zu machende Beweismittel zu bewahrheiten strebt. Darum geht man zu weit, wenn man behauptet [20]), der directe Gegenbeweis sei gar kein eigentlicher Beweis, da ja auch das Verhindern des Gelingens des Hauptbeweises nur durch Beweisung der behaupteten Verhinderungsthatsachen erreicht werden kann. Man hat deßhalb, weil der directe Gegenbeweis nicht auferlegt werden kann, behauptet, daß es keine Verpflichtung zur Gegenbeweisführung gebe [21]), sondern diese nur als Recht dem Producten zustehe. Dieß ist insofern richtig, als er nicht, wie der Hauptbeweis, im Beweiserkenntnisse zur Verpflichtung dergestalt gemacht werden kann, daß von seinem Gelingen der Sieg abhängig wäre, als mithin der Product deßhalb, weil er den Gegenbeweis unterläßt, noch nicht nothwendig unterliegt, wie dieß bei dem Hauptbeweisführer immer der Fall ist, wenn er den Beweis unterläßt. Denn der Product kann auch ohne Gegenbeweis immer noch hoffen, daß der Hauptbeweis mißlingen und er sodann siegen werde. Insofern ist diese Nichtverpflichtung allerdings eine besondere Eigenheit des directen Gegenbeweises [22]). Uebrigens besteht der Gegensatz zwischen Haupt- und directem Gegenbeweise in Bezug auf das Beweisinterlocut eben darin, daß jener stets, dieser aber niemals auferlegt, sondern nur ausdrücklich oder stillschweigend vorbehalten, und

---

20) Linde, Abhandl. S. 59 flg.

21) Gönner, II. Abhandl. S. 41. §. 4. Martin, Lehrbuch §. 135. Collmann a. a. O. S. 72.

22) And. Mein. ist Linde, Abh. S. 64. §. 3.

für jenen der Beweissatz stets bestimmt wird, was für diesen nie geschehen kann. Denn da der directe Gegenbeweis das Thema, welches der Hauptbeweis zu bewahrheiten strebt, als unwahr darzustellen sucht, so kann sein Thema sich erst aus der Beschaffenheit des Hauptbeweissatzes und den zur Beweisung desselben gebrauchten Beweismitteln ergeben und entweder in Einwendungen gegen diese Beweismittel, oder in dem, dem Hauptbeweissatze direct entgegengesetzten Satze, oder in einer factischen Behauptung bestehen, aus welcher, wenn sie erwiesen wird, die Unwahrheit oder Unmöglichkeit des Hauptbeweissatzes mittelbar gefolgert werden kann[23]). Der directe Gegenbeweis ist dem Bisherigen zufolge in Wahrheit ein Gegenbeweis, weil er direct gegen den Hauptbeweis und dessen Thema gerichtet ist. Nur von diesem eigentlichen Gegenbeweise gilt das Axiom: reprobatio reprobationis non datur[24]). Denn der Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis könnte blos wieder die Bewahrheitung des Hauptbeweissatzes bezwecken, wäre also nur ein wiederholter, oder neu versuchter Hauptbeweis (probatio) und sonach kein wahrer Gegenbeweis. Es wird jedoch darüber gestritten, ob es nicht dennoch Fälle gebe, in welchen ausnahmsweise ein Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis statthaft sei[25])? Ein wahrer Gegenbeweis gegen den wahren Gegenbeweis kann nie stattfinden. Wohl aber kann der Hauptbeweisführer, wenn entweder die peremtorische Beweisfrist noch nicht abgelaufen oder eine solche gar nicht vorgeschrieben worden ist, noch immer neue Beweismittel zur Beweisung des Beweissatzes gebrauchen und so mittelbar auch die Bemühungen des Gegenbeweisführers zu vereiteln suchen. Dieß ist jedoch kein Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis, sondern nur bessere Beweisung des Hauptbeweissatzes. Ebenso ist es nach canonischem Rechte[26]) dem Beweisführer gestattet, gegen die Personen der Zeugen des Gegenbeweisführers, welche dieser gegen die Personen der Beweiseszeugen producirt hat, wieder Zeugen zu produciren, gegen welche aber der Gegenbeweisführer nicht mehr mit Zeugen auftreten darf. Dieß will man auf alle gegen die Glaubwürdigkeit der Beweismittel des Hauptbeweisführers vom Producten vorgebrachten Einwendungen ausdehnen, und sonach gegen diese (somit gegen den Gegenbeweis) einen Gegenbenbeweis gestatten[27]), während Andere[28]) dieß blos ein Verfahren über die Zulässigkeit der

---

23) Man sehe bes. Mittermaier a. a. O. S. 350 flg. auch Reinhardt, I. §. 209.

24) Gönner, Handbuch II. Abh. 41. §. 10. Danz, Grundsätze des ord. Proz. §. 252. Reinhardt, Handbuch I. §. 211. Collmann a. a. O. S. 76 flg. Linde, Abh. S. 71. §. 7. F. M. Wohlfarth, über den Satz: reprob. reprob. non datur. München 1826.

25) Bejaht wird diese Frage z. B. von Collmann a. a. O. und Bayer, Vorträge S. 333, verneint dagegen z. B. von Linde a. a. O. und Reinhardt a. a. O.

26) Cap. 49. X. de testib. (2. 20.)

27) Z. B. Bayer a. a. O.

28) Z. B. Linde a. a. O. S. 74.

Beweismittel nennen, da hier nicht über den Beweis der Hauptsache gestritten werde. Ein Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis ist es aber deßhalb nicht, weil das Bestreben des Hauptbeweisführers — will man auch die Ausdehnung des Gesetzes für statthaft erklären, was sich wenigstens bestreiten läßt — nicht auf das Mißlingen des Gegenbeweises, sondern auf das Bewirken des Hauptbeweises gerichtet ist. Die Ausnahme endlich, wornach gegen den auf künstliche Art angetretenen Gegenbeweis ein Gegenbeweis statthaft sein soll[29]), kann durch kein Gesetz unterstützt werden; denn die hierfür angezogene Stelle des canonischen Rechtes[30]) bestimmt blos, daß die Gegenbeweiszeugen auch nach eröffneten Hauptzeugenaussagen noch producirt werden dürften, wenn vor dieser Eröffnung der Gegenbeweis nicht instruirt werden konnte.

Der indirecte Gegenbeweis greift dagegen den Hauptbeweis unmittelbar gar nicht an, sondern sucht blos die rechtliche Wirksamkeit desselben durch die Erweisung einer solchen Behauptung aufzuheben, welche das Recht selbst, das der Hauptbeweisführer durch seinen Beweis als thatsächlich bestehend begründete, entweder als anfangs nichtig, oder als unwirksam gegen den Producten, oder als wieder erloschen darstellt. Schon hieraus erhellt, daß der indirecte Gegenbeweis, da er den Hauptbeweis, dessen rechtliche Folgen er nämlich nur mittelbar zerstören will, gar nicht berührt, sondern ihn ganz unangefochten läßt, eigentlich kein Gegenbeweis sei, wenn er gleich denselben Endzweck, wie der wahre Gegenbeweis, nämlich endliche Befreiung von einem Angriffe des Gegners, verfolgt. Ja er setzt sogar, hinsichtlich der Nothwendigkeit seines Eintrittes, das vollständige Gelingen des Hauptbeweises voraus, indem er, wenn dieser nicht erbracht wird, nicht geführt zu werden braucht, weil in diesem Falle der Hauptbeweisführer mit seinem Angriffe abgewiesen wird, wenn auch der Gegner gar nichts geleistet hat. Bayer[31]) behauptet zwar, daß auch der wahre Gegenbeweis diese eventuelle Natur habe. Allein dieser letztere soll ja gerade das Gelingen des Hauptbeweises verhindern; er kann daher, wenn der Hauptbeweis vollständig erbracht ist, gar nicht mehr als möglich gedacht werden. Denn wie das Gelingen des wahren Gegenbeweises das Gelingen des Hauptbeweises als unmöglich ausschließt, so schließt umgekehrt auch das Gelingen des Hauptbeweises das Gelingen des wahren Gegenbeweises als unmöglich aus, weil derselbe Satz unmöglich in demselben Zeitmomente wahr und unwahr sein kann. Was man indirecten Gegenbeweis nennt, ist daher in Wahrheit ein selbstständiger, von einem Hauptbeweise völlig unabhängiger Beweis, wenn er gleich erst dann nothwendig wird, wenn der Angriff, welchen er in den rechtlichen Folgen aufheben will, bereits

---

29) Collmann a. a. O. Bayer a. a. O.
30) Cap. 35. X. de testib.
31) Vorträge S. 332. Man vergl. Mittermaier a. a. O. S. 350.

als juristisch bewahrheitet vorliegt. Er ist nämlich Beweis der Einreden in Bezug auf den Klagangriff, Beweis der Repliken in Bezug auf den Einredeangriff, Beweis der Dupliken in Bezug auf den Replikangriff ꝛc. Die eventuelle Eigenschaft dieses Beweises liegt nun eben darin, daß die Einrede nur, wenn die Klage, die Replik nur, wenn die Einrede, und die Duplik nur, wenn die Replik factisch begründet und bewahrheitet ist, erwiesen zu werden braucht, weil der nicht erwiesene Angriff schon an sich wirkungslos ist und daher keiner Aufhebung seiner rechtlichen Folgen bedarf. Dieß gilt jedoch nur von den peremtorischen Gegenangriffen, denn die dilatorischen verhindern, wenn sie erwiesen werden, sogar die gerichtliche Geltendmachung des Angriffes, gegen welchen sie gerichtet sind, so daß die Frage, ob der Angriff selbst fundirt und zu beweisen sei, gar nicht zur Sprache kommen kann, so lange wenigstens der dilatorische Einwand als wirksam besteht. Der sogenannte indirecte Gegenbeweis unterscheidet sich sonach von dem Hauptbeweise, dessen rechtliche Folgen er aufzuheben strebt, blos dadurch, daß er in Bezug auf denselben einen Vertheidigungsangriff zum Gegenstande hat und eben deßhalb nur eventuell — für den Fall der Wirksamkeit des unmittelbar vorausgegangenen Angriffes — nothwendig ist. Hiervon abgesehen ist er selbst ein wahrer Hauptbeweis, welcher daher im Beweiserkenntnisse nicht blos vorbehalten, sondern auferlegt wird, und gegen welchen auch der wahre oder directe Gegenbeweis stattfindet. Man hat daher in neuerer Zeit mit Recht diese Benennung indirecter Gegenbeweis getadelt, da sie nur Verwirrung veranlaßt. Denn da der Beweis der Einrede schon ein indirecter Gegenbeweis in Bezug auf die Klage wäre, so würde der Beweis der Replik, als indirecter Gegenbeweis in Bezug auf die Einrede, ein Gegenbeweis gegen den Gegenbeweis sein, was natürlich auch bei dem Beweise der Duplik ꝛc. wieder der Fall wäre. Bedenkt man nun noch, daß gegen den indirecten Gegenbeweis auch noch ein directer statthaft ist, so wäre der Satz: reprobatio reprobationis non datur sogar in zweifacher Hinsicht unrichtig, so wahr er doch in einer anderen wieder ist. Auf der anderen Seite wäre der Beweis der Replik auch wieder kein indirecter Gegenbeweis, da er denselben Endzweck, wie der Beweis der Klage, verfolgt.

Der Beweis ist ferner[32]) 2) in Bezug auf die Art des Beweisverfahrens und zwar a) nach der Art der Bewirkung der richterlichen Ueberzeugung entweder natürlicher (directer) oder künstlicher (indirecter), je nachdem der Beweisführer den Richter unmittelbar von der Wahrheit der streitigen Behauptung selbst, oder zunächst von der einer anderen zu überzeugen sucht, von welcher

---

32) Danz a. a. O. §. 242 flg. Martin, Lehrbuch §. 136. Linde, Lehrbuch §. 237. Reinhardt, Handbuch I. §. 198 flg. Bayer, Vortr. S. 315 u. 334 flg. Puchta a. a. O. §. 199.

sich die Wahrheit der ersteren als Folgerung ergibt; b) nach der Form des Verfahrens entweder feierlicher oder weniger feierlicher (summarischer), je nachdem alle Förmlichkeiten des regelmäßigen Beweisverfahrens beobachtet werden oder nicht. Man nennt den letzteren zwar auch Bescheinigung (demonstratio), diese ist aber im Grunde kein eigentlicher Beweis, sondern meistens nur eine Wahrscheinlichmachung, um irgend eine Maßregel (z. B. ein Mandat, einen Arrest) da zu begründen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, oder wo den Gegner kein bedeutender — wenigstens kein bleibender — Nachtheil treffen kann. In den meisten Fällen, wie z. B. bei provisorischen Verfügungen, wird sie nur bis zur weiteren Ausführung zugelassen. Die Bescheinigung veranlaßt in der Regel kein besonderes Beweisverfahren und es tritt bei ihr, hinsichtlich der Beweismittel, nicht einmal die Strenge ein, welche bei dem summarischen Beweise erfoderlich ist, bei dem, da er ein wirklicher Beweis sein soll, stets die wesentlichen Regeln der Beweisung zu beachten sind. c) Nach der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel entweder langsamer oder schleuniger (prob. in continenti), je nachdem die Beweismittel ein ordentliches, oder wegen ihrer Liquidität nur ein abgekürztes Verfahren nöthig machen. Welche Beweismittel als in solcher Weise liquide zu betrachten seien, ist jedoch nicht ausgemacht. Gewöhnlich rechnet man nur Urkunden und Augenschein zu denselben[33]). d) Nach der Zahl der gewählten Beweismittel entweder einfacher oder zusammengesetzter, je nachdem ein und derselbe Thatbestand nur durch ein einziges oder durch mehrere Beweismittel zugleich bewahrheitet wird. e) Nach dem Gegenstande entweder Haupt- oder Nebenbeweis, je nachdem er die Hauptsache selbst oder nur einen Nebenpunct betrifft. Von jenem hängt immer die Beschaffenheit des Endurtheiles selbst ab; nicht aber von diesem, welcher daher regelmäßig ein summarischer ist. f) Nach der Zeit der Beweisführung entweder ordentlicher (regelmäßiger), oder außerordentlicher (unregelmäßiger), je nachdem er in der eigentlichen Beweisperiode oder früher geführt wird. Zu letzterem gehört der anticipirte und der Beweis zum ewigen Gedächtniß (prob. ad perpetuam rei memoriam). g) Nach der Art der Fassung des Beweisinterlocutes entweder auferlegter, oder nachgelassener, oder vorbehaltener, je nachdem er im Interlocute unbedingt verlangt, oder einem lossprechenden Erkenntnisse als Suspensivbedingung vorangesetzt, oder einem verurtheilenden Spruche als Resolutivbedingung angehängt wird.

Endlich wird der Beweis 3) in Bezug auf das Ergebniß der Beweisführung[34]) in den vollständigen und unvollstän-

---

33) Gensler, Commentar I. S. 241. Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 51. Mevius P. III. dec. 319. P. VI. d. 234. P. VIII. d. 315. — de Balthasar, de prob. in continenti, Gryph. 1720. — Gottschalk, discept. forens. cap. (ed. 2.) T. I. cap. 38.

34) Danz a. a. O. §. 299. Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 37. §.

digen (prob. plena et minus plena) abgetheilt. Er heißt vollständig, wenn er das Beweisthema als völlig juristisch wahr darstellt; im entgegengesetzten Falle aber unvollständig. Der unvollständige Beweis zerfällt wieder in halben, mehr als halben und weniger als halben (prob. semiplena; semiplena major et semipl. minor); Arten, deren Begriffe ebenso theoretisch als practisch schwer zu bestimmen sind, weil es an einem gesetzlichen Maßstabe fehlt, wornach man diese Abstufungen der Unvollständigkeit bemessen könnte, und weil der unvollständige Beweis überhaupt kein Beweis im wahren Sinne des Wortes ist und daher immer die Auflage eines nothwendigen Eides erfoderlich macht, um die zur Entscheidung erfoderliche Gewißheit herbeizuführen. Der Grad der Unvollständigkeit hat auch blos auf die Bestimmung Einfluß, ob der Beweisführer oder dessen Gegner zum Eide zu lassen sei. Man könnte daher diese Abtheilung, da sich die Grenzen dieser Unvollständigkeiten doch nicht genau abstecken lassen, füglich ganz entbehren. Der halbe Beweis hat übrigens den Sinn, daß der Beweisführer gerade noch so viele Gründe für seine Behauptung beibringen müßte, als er wirklich beigebracht hat, um nach den Gesetzen die rechtliche Gewißheit derselben zu bewirken und so den Beweis vollständig zu machen. Die Bedeutung des mehr, sowie die des weniger als halben Beweises ergibt sich hiernach von selbst. Man könnte auch sagen, bei dem halben Beweise tritt juristische Zweifelhaftigkeit, bei dem mehr als halben Wahrscheinlichkeit und bei dem weniger als halben Unwahrscheinlichkeit als Resultat für die richterliche Ueberzeugung ein. Die unvollständige Beweisauflage im Interlocute kann, da sie nur auf einem Fehler des Gerichtes beruht, nicht zu dem unvollständigen Beweise in dem angegebenen Sinne gerechnet werden[35]), und in dem Falle, wo von mehreren nothwendig zusammen gehörigen Gliedern des Beweissatzes einige vollständig und andere unvollständig oder gar nicht erwiesen worden sind[36]), ist der Beweis hinsichtlich der einzelnen Glieder nur theilweise unvollständig, beziehungsweise gar nicht erbracht; hinsichtlich des Beweissatzes, als Ganzes aufgefaßt aber, wie in anderen Fällen nur unvollständig. Der Grad der Unvollständigkeit ist jedoch hier auch nach der Wichtigkeit der einzelnen erwiesenen Glieder zu beurtheilen.

IV. Gegenstand des Beweises — Beweissatz[37]).

Gegenstand des Beweises können nur Behauptungen (s. oben unter I) sein, welche auf die Entscheidung des Rechtsstreites

---

24 flg. Martin §. 136. Grolman a. a. O. §. 83. Reinhardt I. §. 198.

35) Andrer Meinung ist Martin, §. 136. Nr. VI. vergl. mit §. 181. Note n.

36) Bayer, Vortr. S. 335. Nr. 4.

37) Man s. Gönner, Handbuch II. Abh. 37. §. 9 flg. Weber a. a. O. S. 17 flg. und Heffter's Zusätze S. 243. G. Hufeland, Beiträge

wesentlichen Einfluß haben und daher, um diese möglich zu machen, zuvor rechtsgenügend bewahrheitet werden müssen. Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Bewahrheitung der Behauptungen dem Richter als solchem zu geschehen (judici fit probatio) und dieser zu beurtheilen habe, ob die Beweisung nach den gesetzlichen Erfodernissen auch genügend sei, um die fragliche Behauptung als wahr annehmen zu können. Denn das ganze, dem Endurtheile vorgängige Verfahren hat lediglich den Zweck, den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreites auszumitteln und die darauf bezüglichen Behauptungen zu erweisen, welche, wenn sie nicht erwiesen werden können, bei der Fällung des Endurtheiles, die eben durch das vorgängige Verfahren möglich werden soll, als unwahr betrachtet und behandelt werden. Da nun der Richter als solcher das Endurtheil aussprechen, d. h. den Streit darüber, ob das Begehren des Klägers begründet und daher der Beklagte zu verurtheilen, oder ob dasselbe grundlos und daher der Kläger zurückzuweisen, beziehungsweise der Beklagte frei zu sprechen sei, nach den Gesetzen entscheiden soll, so muß auch er und nur er, in seiner richterlichen Qualität — als moralische und darum von allen menschlichen Rücksichten, Leidenschaften, vorgefaßten Meinungen ꝛc. freie Person — von den Parteien die gesetzlich erfoderliche Ueberzeugung von der Wahrheit der die Entscheidung bedingenden Behauptungen erhalten. Die Bewirkung solcher Ueberzeuguna gehört wesentlich zur vollständigen Begründung des klägerischen Antrages auf Verurtheilung des Beklagten, beziehungsweise des Antrages des Letzteren auf Zurückweisung des Klägers.

Da demnach nur Behauptungen Gegenstand des Beweises sind, so folgt hieraus von selbst, daß 1) dasjenige Vorbringen einer Partei, welches keine Behauptung ist, auch keines Beweises bedürfe. Daher ist kein Gegenstand des Beweises: a) das bloße Verneinen einer von der anderen Partei vorgebrachten Behauptung (negative Litiscontestation). Dieses Verneinen ist vielmehr die einzige Ursache, wegen welcher die gegnerische Behauptung bewiesen werden muß, da eine Behauptung erst durch dasselbe rechtlich ungewiß und des Beweises bedürftig wird. Daraus folgt von selbst, daß eine in rechtsgenügender Weise vom Gegner als wahr zugegebene, d. i. eingestandene Behauptung keines weiteren Beweises bedarf, da sie eben durch das vollgiltige Geständniß vollständig bewiesen wird (s. den Art. Geständniß). Durch ein Geständniß wird also eine Behauptung in eine prozeßrechtliche Wahrheit verwandelt. Wie übrigens das Verneinen die Nothwendigkeit des Beweisens begründet, so kann dasselbe auch bei dem Beweise der Behauptung durch directen Gegenbeweis unterstützt werden. Denn wie der Beweis die Bewahrheitung der Behauptung bezweckt, so

---

zur Bericht. und Erweit. der pos. R.-W. Stück IV. S. 61. Martin, Lehrbuch §. 180, bes. 181. Linde, Lehrburch §. 240. Bayer, Vorträge S. 298. Puchta a. a. O. §. 200.

bezweckt der wahre Gegenbeweis, durch Verhinderung des Gelingens dieser Bewahrheitung die Wirksamkeit des Verneinens, somit die Ungewißheit jener Behauptung, aufrecht zu erhalten. Verneint mit der rechtlichen Wirkung der Nothwendigkeit des Beweisens können aber auch nur Behauptungen werden, weil nur diese den zureichenden Grund für ihre Gewißheit nicht äußerlich erkennbar an sich tragen. Daher ist b) kein Gegenstand des Beweises, was von der Gegenpartei nicht in der angegebenen Weise verneint werden kann. Dahin gehört α) das im Lande publicirte Gesetz (ius scriptum), weil dieses, vermöge der Publication, welche ein Jeder im Lande anzuerkennen pflichtig ist, auch von Jedem anerkannt werden muß, es mithin auf einer unbezweifelbar landeskundigen Thatsache beruht [38]) und deßhalb es auch der Richter um so mehr erkennen muß, als er zur Handhabung der Gesetze berufen ist. Da die Kenntniß der Gesetze nicht auf den Wortsinn derselben beschränkt ist, sondern das richtige Erfassen der Gründe (rationes iuris), das Eindringen in den Geist derselben, das Ableiten der Folgesätze, Analogien ꝛc. in sich faßt[39]), so bilden überhaupt Rechtssätze, welche auf dem geschriebenen Rechte beruhen, keinen Gegenstand einer bloßen Behauptung, der mit der obigen Wirkung widersprochen werden könnte[40]). Dadurch ist jedoch das Bestreben der Parteien, die den eigenen Behauptungen günstigen Rechtsansichten rechtlich zu begründen, die entgegenstehenden aber zu widerlegen und so die rechtliche Ueberzeugung des Richters zu gewinnen, nicht ausgeschlossen. Allein diese Rechtsdeductionen sind, wiewohl sie, gründlich ausgeführt, Einfluß auf die Rechtsansicht des Richters haben können, für diesen nie bindend und können daher nur gelegentlich folgen, nie aber einen besonderen Prozeßabschnitt für sich in Anspruch nehmen, eben weil sie nicht nothwendig und darum zwar erlaubt sind, aber nicht befohlen werden können. Dagegen sind solche Rechtsnormen, welche nicht auf öffentlicher allgemeiner Bekanntmachung im Lande beruhen und darum kein allgemeines Landesrecht bilden, Gegenstand der Behauptung, daher mit Erfolg verneinbar und, wirklich verneint, des Beweises bedürftig. Dahin gehören: das Gewohnheitsrecht, Privilegien und ausländische Gesetze[41]). Das geschriebene Provincialrecht kann nur außerhalb der Provinz und das geschriebene Localrecht nur außerhalb des Ortes, in welchem es gilt, mit Erfolg ver-

---

38) Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. L. 8. D. de leg. (1. 3.) Bei dem recipirten Rechte hat die Thatsache der Reception gleiche Wirkung mit der Publication.

39) Cf. L. 11—18. D. de leg. (1. 3.)

40) Cap. 44. X. de appellat. (2. 28.)

41) L. 5. pr. D. de prob. Glück, ausführliche Erläuterungen Bd. III. S. 620 flg. Weber a. a. O. (Ausgabe von Hefftter) S. 16 und 245. Collmann a. a. O. S. 67. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. XVIII. S. 67 flg.

neint werden. β) Das wirklich Notorische[42]). Notorisch ist eine Thatsache, welche allen nur gewöhnlich aufmerksamen Menschen in einem bestimmten Bereiche so bekannt ist, daß sie von der Unmöglichkeit des Gegentheiles überzeugt sind. Nach dem Umfange des Bereiches ist die Notorietät (Offenkundigkeit) entweder Orts-, Bezirks- (Provinz-), Land- oder Menschenkundigkeit. Da das wirklich Notorische factische Wahrheit (Evidenz) ist, so kann es nicht mit Erfolg verneint werden und sonach keines Beweises bedürfen. Darüber waltet auch kein Zweifel ob. Allein die Notorietät ist ihrem Begriffe nach selbst eine Behauptung, die also mit Erfolg verneint werden kann. Denn wer sich auf etwas Notorisches bezieht, behauptet zweierlei: die Thatsache und die Wahrheit der Thatsache durch Beziehung auf die Notorietät derselben. Das Verneinen der Thatsache allein würde nichts helfen, wenn man die Notorietät derselben zugäbe, weil dadurch die Wahrheit der Thatsache selbst anerkannt würde. Daher muß hier die Notorietät und die Thatsache zugleich verneint werden. Die Notorietät kann verneint werden, weil sie selbst eine Thatsache ist. Weißt nun der die Notorietät Behauptende diese rechtsgenügend nach, so ist dadurch zugleich die Thatsache selbst erwiesen, weil in der Notorietät der zureichende Grund für die Gewißheit derselben liegt (s. unter I.). Mißlingt dagegen der Beweis der Notorietät, so muß die Thatsache selbst, insofern es noch angeht und der Beweis nicht versäumt ist, noch rechtlich bewahrheitet werden. Hieraus ergibt sich von selbst, inwiefern die Notorietät auch ein Beweismittel genannt werden könne. Ist die Notorietät, d. h. die Frage, ob eine Behauptung notorisch, darum wahr und eines weiteren Beweises nicht bedürftig sei? wirklich zweifelhaft, was natürlich das Gericht zu beurtheilen hat, so wird dieses jedoch niemals die Notorietät, sondern stets nur die Behauptung selbst, für welche die Notorietät angeführt wurde, im Beweiserkenntnisse zum Beweise aussetzen; wobei es sodann von der Willkür des Beweisführers abhängt, ob er die Behauptung selbst oder die Notorietät bewahrheiten will. Er wird aber gewiß den ersteren Weg einschlagen, weil der Beweis der Notorietät in der Regel schwieriger sein wird. Der Satz: Das Notorische bedarf keines Beweises, ist demnach nur insofern wahr, als die Notorietät selbst keinem Zweifel unterliegt und sonach wirklich ist. Der Streit über die Notorietät hat hauptsächlich darin seinen Grund, daß sie kein Rechts-, sondern ein Erfahrungsbegriff und daher nicht nach Rechts-, sondern nach historischen Gründen zu beurtheilen ist. Daß übrigens das Notorische auch eine ungeschriebene Rechtsnorm, z. B. ein Ge-

---

42) Cap. 3. X. de testib. cogend. (2. 21.) Cap. 14. X. de appell. Gönner, Handbuch II. Abth. 37. §. 11. Borst, über die Beweislast im Civilprozesse, 2. Aufl. Leipzig 1824. §. 13. Schneider a. a. O. §. 6. Weber a. a. O. S. 44. (2. Ausg. S. 35 und 249.) Gensler im Archiv Bd. I. S. 258 flg. Reinhardt, Handb. I. §. 159. Note 3. Puchta a. a. O. S. 228 flg.

wohnheitsrecht betreffen könne, ist von selbst klar. γ) Das Anbringen, welches sich auf eine Rechtsvermuthung stützt[43]), weil hier der zureichende Grund für die Gewißheit der Thatsache im Gesetze selbst liegt. Es ist dabei einerlei, ob das Gesetz den Beweis des Gegentheiles zuläßt (Rechtsvermuthung im eigentlichen Sinne, praesumtio iuris), oder ausschließt[44]) (eigentlich gesetzlich begründete Gewißheit, gewöhnlich praes. iuris et de iure genannt). Im ersten Falle ist zwar die Verneinung statthaft; sie hat aber nicht die gewöhnliche Wirkung, daß nämlich der Gegner beweisen müßte, da derselbe bereits den zureichenden Grund für seine Behauptung durch die Beziehung auf die Rechtsvermuthung erbracht hat, sondern sie hat hier blos die Wirkung, daß der Verneinende das Gegentheil zu beweisen befugt wird. Im zweiten Falle dagegen ist das Verneinen völlig erfolglos. Indessen können bei den Rechtsvermuthungen die thatsächlichen Voraussetzungen, die Prämissen derselben, in bloßen Behauptungen bestehen, welche daher auch mit Erfolg verneint werden und des Beweises bedürfen, um die Anwendbarkeit der Rechtsvermuthung selbst zu begründen. Denn eine Rechtsvermuthung besteht blos in einer aus bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen (Prämissen) durch das Gesetz selbst gezogenen Schlußfolgerung auf das Sein oder Nichtsein einer anderen Thatsache, welche daher die allein vermuthete und somit genügend bewahrheitete Thatsache ist.

Da ferner die Behauptung wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung des Rechtsstreites haben soll, so sind 2) Behauptungen, welchen dieser Einfluß fehlt, welche sonach in Bezug auf den fraglichen Rechtsstreit irrelevant sind, auch kein Gegenstand des Beweises[45]); jedoch nicht darum, als könnten sie nicht verneint werden, in welcher Hinsicht vielmehr die allgemeinen Grundsätze eintreten würden, sondern darum, weil selbst ihre völlig gelungene Beweisung keinen Einfluß auf die Entscheidung haben könnte. Die Frage, welchen Einfluß der gelungene Beweis einer irrelevanten Behauptung, die im Erkenntnisse als Beweissatz festgesetzt wurde, auf die Entscheidung habe, gehört nicht hierher (s. unten).

Weil endlich der Beweis dem Richter als solchem die gesetzlich erfoderliche Ueberzeugung gewähren soll, so bedürfen 3) die Behauptungen, von welchen er diese Ueberzeugung bereits besitzt, d. h. welche gerichtskundig (actenkundig) sind, keines Beweises. Die Gerichtskundigkeit wird zwar allgemein für eine Art der Notorietät gehalten, aber wohl ohne zureichenden Grund.

---

43) Martin, Magaz. Bd. I. S. 77, 88 und 95. Weber a. a. O. Nr. V. S. 110 flg. Borst a. a. O. S. 43 flg. §. 34. Collmann a. a. O. S. 42 flg. Martin, Lehrbuch §. 133. Reinhardt a. a. O. Note 1. Puchta a. a. O. S. 229 flg.

44) Ob man hier den Gegenbeweis für unstatthaft oder nur für physisch unmöglich hält, ist dem Resultate nach wohl einerlei. Man streitet indessen hierüber, s. Linde, Lehrbuch §. 255. Note 11.

45) J. R. A. §. 50.

Denn gerichtskundig ist nur dasjenige, dessen Wahrheit sich aus den Gerichtsacten ergibt, somit durch diese beurkundet ist, da in factischer Hinsicht das, was nicht in den Acten vorliegt, für den Richter als solchen gar nicht existirt (quod non est in actis, non est in mundo). Daher kann etwas notorisch sein, was nicht gerichtskundig ist, und umgekehrt wird das Gerichtskundige selten notorisch sein. Die Notorietät ist ferner ein factischer, die Gerichtskundigkeit dagegen ein rechtlicher Begriff. Daher kann zwar die Notorietät, nie aber die Gerichtskundigkeit mit Erfolg verneint und bestritten und überhaupt das Schwankende, welches hinsichtlich der Notorietät obwaltet, nicht auf die Gerichtskundigkeit ausgedehnt werden. Wer möchte wohl sagen, daß alle Prozesse, die bei irgend einem Gerichte verhandelt worden sind, notorisch seien, obwohl ihnen dagegen die Gerichtskundigkeit nicht abzusprechen ist?

Die Behauptung kann übrigens sowohl auf das Sein, als das Nichtsein einer Thatsache gerichtet erscheinen, indem diese Verschiedenheit des Inhaltes auf die Nothwendigkeit der Beweisung keinen Einfluß äußert; wenn nur die Behauptung wirklich eine solche, nämlich ein selbstständiges Vorbringen, um durch dasselbe einen Rechtsanspruch zu verfolgen oder abzuwenden, und keine bloße Verneinung der gegnerischen Behauptung ist.

Der Gegenstand des Beweises heißt Beweissatz (thema probandum), wenn er im Beweiserkenntnisse zu dem Ende ausdrücklich und genau bestimmt wird, um in einem besonderen Prozeßabschnitte (Beweis-Periode — oder Verfahren) von der beweispflichtigen Partei bewahrheitet zu werden. Aus den bisherigen Grundsätzen über den Gegenstand des Beweises ergibt sich von selbst, daß nur solche Behauptungen, welche noch juristisch ungewiß, also nicht schon durch Geständniß, Notorietät, Gerichtskundigkeit oder gesetzliche Präsumtion bewahrheitet und überdieß relevant sind, und Thatsachen, sei es auch die Existenz eines Gewohnheitsrechtes, Privilegiums oder ausländischen Gesetzes betreffen, als Beweissätze zum Gegenstande eines besonderen Beweisverfahrens gemacht werden dürfen.

V. Beweislast [46]).

Unter Beweislast (onus probandi) hat man die Verbindlichkeit zur Beweisführung zu verstehen. Kaum ist irgend eine andere

---

46) Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 37. §. 16 flg. Pfeiffer, vermischte Aufsätze, Marburg 1803. Nr. III. Schneider a. a. O. S. 10 flg. Petri, über die Beweislast, Göttingen 1804. Weber a. a. O. Nr. VI. S. 154 flg., dazu Hefftter's Zusätze S. 243 flg. Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Bericht. der Lehre von der Beweislast, Jena 1813. Borst, ang. Schrift. Collmann a. a. O. S. 27 flg. Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. V. S. 319 flg. Gensler im Arch. für civil. Pr. Bd. I. S. 267 flg. Kori, das. Bd. VIII. S. 90 flg. v. Herrestorff, das. S. 147 flg. Linde, in der Zeitschrift, Bd. I. S. 94 flg. Dessen Lehrbuch §. 242. Martin, Lehrbuch §. 182. Reinhardt, Handbuch Bd. I. §. 156. Bayer, Vorträge S. 320 flg. Puchta a. a. O. §. 201 flg.

Lehre des Civilprozesses so vielfältig wissenschaftlich geprüft worden, als wie die Lehre von der Beweislast, welche dessenungeachtet noch immer nicht völlig ins Reine gebracht werden konnte. Nicht selten ist es der Fall, daß zahlreiche Schriften die Schwierigkeiten eher vermehren als vermindern; man will den bei einem Anderen entdeckten Fehler verbessern und begeht im Eifer einen neuen, der wieder neue Verbesserungsversuche und neue Fehler veranlaßt. Dadurch häufen sich die Ansichten und Ausführungen, nimmt die Verwirrung zu und wird die klare Anschauung getrübt oder gar verdunkelt, so daß man dann Mühe hat, das Wahre herauszufinden.

Das römische Recht, überhaupt dem abstracten Generalisiren abhold, sondern mehr bemüht, die Rechtsbegriffe und Grundsätze in den practischen Rechtsverhältnissen selbst nachzuweisen und anschaulich zu machen, stellt in Bezug auf die Beweislast, außer den Entscheidungen einzelner Fälle, nur zwei allgemeine Regeln auf; nämlich 1) dem Kläger liegt der Beweis ob[47]), d. h. der Kläger hat zuerst den Beweis der Klage zu führen, indem, wenn er dieß nicht thut, der Beklagte frei gesprochen wird, wenn dieser auch nichts bewiesen hätte[48]). Dagegen wird aber auch der Beklagte in Bezug auf seine Einreden als Kläger betrachtet[49]), d. h. er muß diese, wenn er nicht verurtheilt werden will, beweisen, jedoch erst nachdem der Kläger seinerseits bewiesen hat[50]). 2) Demjenigen, welcher behauptet, nicht aber demjenigen, welcher verneint, liegt der Beweis ob[51]). Außerdem wird 3) in einzelnen Fällen die Beweislast von einer für den Gegner streitenden Vermuthung abhängig gemacht[52]). In der Doctrin bildeten sich hiernach auch drei verschiedene Theorien aus, wovon die eine die erste Regel, daß jede Partei den Grund ihrer Anträge zu beweisen habe[53]), die andere aber die zweite Regel: affirmanti incumbit probatio, non neganti[54]), und die dritte endlich den Satz: daß die Beweislast derjenigen Partei

---

47) Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. L. 21. D. de probat. §. 4. Inst. de legat. (2. 20.) C. 20. C. de probat.: cum petitori probationis onus incumbat.

48) Actore non probante reus absolvitur. C. 4. C. de edendo. (2. 1.) C. 2. C. de prob. C. 28. C. de R. V. (3. 32.)

49) In exceptionibus dicendum est, reum actioris partibus fungi oportere. L. 19. D. de prob. — Reus in exceptione actor est. L. 1. D. de except. (44. 1.)

50) C. 9. C. de except. (8. 36.) C. 19. C. de prob.

51) Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. L. 2. D. de probat. cf. C. 23. C. de probat.

52) Z. B. bei dem Beweise des indebitum. L. 25. D. de probat. Siehe Borst a. a. O. §. 32. S. 39.

53) Schon der Glossator Bulgarus, siehe Bethmann-Hollweg, Verf. S. 325 flg., bes. Note 12 u. 13.

54) Zuerst Irnerius, s. B.-Hollweg, Verf. S. 327. Dieses Princip ging auch in's canonische Recht über: Cap. 11 u. 12. X. de probat. C. 23. X. de elect. (1. 6.) C. 1. X. de confessis in VI. (2. 9.) C. 3. X. de causa poss. et propr. (2. 12.) B.-Hollweg, Verf. S. 328.

obliege, gegen welche eine Präsumtion streite[55]), als oberstes Princip für die Bestimmung der Beweislast aufstellte[56]).

Es war ein Irrthum, daß man in den erwähnten Normen des römischen Rechtes eine wesentliche Verschiedenheit finden wollte, da doch eine solche durchaus nicht obwaltet, vielmehr dieselben sich gegenseitig nur ergänzen; wobei man jedoch nicht vergessen darf, daß der Einfluß der Präsumtion sich nur in singulären Fällen zeigt und darum wohl am Wenigsten geeignet war, das oberste Princip der Beweistheorie zu bilden, indem man dadurch genöthigt ward, überall das Eintreten einer Präsumtion zu fingiren, wo in Wahrheit keine solche begründet ist[57]). Das römische Recht bestimmt nämlich in Folge der ersten obigen Regel: 1) is, qui agit, hat zu beweisen, und der ist natürlich der actor (petitor, Kläger); denn beweißt er nicht, so wird der reus freigesprochen, welcher umgekehrt verurtheilt werden muß, wenn der actor wirklich beweißt; 2) will daher der reus von der Verurtheilung, des klägerischen Beweises ungeachtet, frei werden, so muß er seinerseits ein selbstständiges Recht anführen, welches die begründete und erwiesene Klage in Bezug auf ihn ausschließt und so perimirt, d. h. er muß eine exceptio vorbringen und, wenn der Kläger dieselbe negirt, auch beweisen. Denn 3) in Bezug auf diese exceptio tritt der reus in die Rolle eines Klägers über (actoris partibus fungitur), ist er actor, da er ja ein selbstständiges Recht (exceptio im römisch-rechtlichen Sinne) geltend macht, wenn er auch dadurch nicht die Verurtheilung des Klägers, sondern nur die Verhinderung seiner eigenen Verurtheilung, somit seine Freisprechung bezweckt (petit, ut absolvatur). Deßhalb eben, weil er ein selbstständiges Recht geltend macht, also agit oder petit, muß er dasselbe auch beweisen, und paßt auf ihn die Regel: ei, qui agit, incumbit probatio, aber auch der Grundsatz: actore non probante, reus absolvitur, etsi ipse nihil praestiterit, d. h. den Kläger trifft die Wirkung, welche die bewiesene exceptio auf seine Klage haben würde, in dem Falle nicht, wenn die exceptio nicht bewiesen wird, obgleich er selbst keine replica gegen die exceptio (keine exceptionis exceptio) vorgebracht und bewiesen hat. Hat dagegen 5) der reus als actor die exceptio bewiesen, so wird die Klage perimirt, wenn nicht der eigentliche actor aus der Rolle des reus bei der exceptio wieder in die eines neuen, gegen die exceptio auftretenden actoris übertritt, d. h. ein selbstständiges Recht, welches die exceptio perimirt (replica) vorbringt und beweist, gegen welches der ursprüngliche reus wieder mit einer duplica als neuer actor auftreten kann u. s. w. Dieß ist ungefähr der Sinn der ersten Regel und der mit dieser zusammenhängenden Bestimmungen, wie sie oben angegeben wurden.

---

55) Z. B. noch Schneider a. a. O. §. 15 flg. v. Grolman, Theor. §. 81 a u. b.

56) Man s. überhaupt B.-Hollweg, Verf. S. 324—332.

57) Man s. Weber a. a. O. S. 129 flg. u. 163 flg. (1. Ausg.)

In der zweiten Regel: Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, wird von demjenigen, welcher klagt, gesagt, er sei is, qui dicit, und sein Gegner (reus) der genannt, qui negat. Denn daß der, qui dicit, der Kläger sei, geht daraus hervor, weil nicht nur dicere mit asserere, asseverare (behaupten) [58]) gleichbedeutend ist, sondern auch dem, qui dicit, die Beweislast auferlegt wird, welche ja nur dem obliegt, qui agit. Darum ist der, qui negat, der Gegner von dem, qui agit oder dicit, also der Beklagte (reus), und zwar sowohl der reus in Bezug auf den zuerst agens, als der reus in Bezug auf den excipiens, replicans etc. und das negare drückt hier den Gegensatz sowohl von confiteri, indem eben im negare die rechtliche Nöthigung für den, qui dicit, liegt, seine Behauptung zu beweisen, als von dicere aus, indem der, qui negat, eben deßhalb, weil er nur negirt, nicht agit, nicht petit. Deßhalb kann von dem, qui negat, aus einem doppelten Grunde gesagt werden, daß er nicht zu beweisen habe, einmal deßhalb, weil sein negare eben die Ursache davon ist, daß sein Gegner, dessen Behauptung er negirt, genöthigt wird, diese zu beweisen, indem, wenn er dieß nicht thut, der negans absolvirt wird, obgleich er, außer seinem Negiren, nichts für die absolutio gethan hat; und sodann deßhalb, weil das Negiren keine positive selbstständige Behauptung, keine intentio, als Grundlage eines darauf zu bauenden petitum, also gar kein Factum, weder ein affirmatives noch negatives, enthält, sondern blos das vom Gegner zur Begründung seiner intentio (seines petitum) vorgebrachte (affirmative oder negative) Factum in Abrede stellt, von diesem aussagt, es sei nicht wahr. Darum ist auch der Satz [59]): per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, vollkommen begründet. Wo gar kein Factum behauptet wird, da ist in der That ein Beweis eine reine Unmöglichkeit, weil eben das Etwas fehlt, welches das Object desselben sein könnte. Der Fehler, den man in der Doctrin beging, lag darin, daß man das negare auch auf das Vorbringen, welches das Nichtsein einer Thatsache (eine sogenannte negativa) behauptete, bezog, den Vorbringenden mithin einen negans nannte, obwohl er ein dicens ist, und ihn in Folge der angeführten Gesetzstellen von der Beweislast entband, indem man sodann, um die eben angeführte Stelle im verkehrten Sinne als wahr nachzuweisen, sogar die Unmöglichkeit des Beweises einer Negative darzuthun versuchte [60]). Daß aber auch derjenige, welcher eine Negative anführt, kein negans, sondern ein dicens, ein Behauptender sei, geht daraus hervor, daß er stets irgend ein Rechtsverhältniß als wirklich bestehend für sich anführt und darauf ein Gesuch (petitum) dahin, daß entweder der Gegner verurtheilt oder er

---

58) Man s. Brissonius de V. S. s. v. dicere.
59) C. 23. C. de probat.
60) Das Geschichtliche hierüber sehe man bei Bethmann-Hollweg, Verf. S. 330 flg.

selbst von dem Anspruche des Gegners frei gesprochen werde, gründet, also das Sein des Rechtes behauptet; wobei sodann blos die factische Grundlage des als noch wirksam existirend behaupteten Rechtes in dem Nichtsein einer Thatsache besteht. Dagegen behauptet der negans nie das Sein eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, sondern stellt blos das vom Gegner behauptete Sein eines solchen in Abrede, und gründet daher auf sein negare nie ein Gesuch, eben weil eine bloße negatio kein solches begründen kann, indem vielmehr aus der nuda negatio blos die Nothwendigkeit des Beweisens der negirten Behauptung als rechtliche Folge hervorgeht, wie eben vorhin erläutert wurde.

Aus der bisherigen Erklärung der im römischen Rechte enthaltenen allgemeinen Hauptprincipien ergibt sich nun für die Frage, wem die Beweislast obliege, der allgemeine Grundsatz: Jede Partei hat ihre eigene von der anderen negirte Behauptung, worauf sie einen selbstständigen Angriff oder Gegenangriff gründet, auch zu beweisen. Der Kläger hat also die Behauptung, worauf er die Klage, Replik ꝛc., und der Beklagte die Behauptung, worauf er die Exception, Duplik ꝛc. fundirt, zu beweisen, wodurch erst der Angriffs-, beziehungsweise Gegenangriffsantrag (petitum) vollständig begründet wird. Dieser Antrag ist nämlich blos die Schlußfolge eines Syllogismus, wovon den Obersatz das Recht (ius) und den Untersatz die Thatsachen bilden, welche in ihrer Gesammtheit gerade das enthalten, was das Recht zu seinem wirksamen Dasein voraussetzt, und somit, unter das Recht subsumirt, die Wirksamkeit desselben hervorrufen, die sodann eben durch das petitum begehrt wird. Da nun das ius kein Gegenstand des Beweises ist, wenn es nicht in einem Gewohnheitsrechte, Privilegium oder ausländischen Gesetze besteht (s. IV.), so können in der Regel Object der Behauptung und sonach auch der Beweisung blos die erwähnten Thatsachen als das factische Fundament des Angriffes und Gegenangriffes (der Klage, Exception, Replik, Duplik ꝛc.) sein. Welche Thatsachen zu diesem Fundamente jedesmal erfoderlich seien, kann nur nach der Beschaffenheit des bestimmten einzelnen Angriffes oder Gegenangriffes beurtheilt werden und ist eine Frage, die an sich gar nicht in den Prozeß, sondern in das Privatrecht gehört. Im Allgemeinen läßt sich nach dem angegebenen Begriffe der erwähnten Thatsachen nur so viel sagen, daß das factische Fundament alle jene Thatsachen enthalten müsse, die in ihrer Gesammtheit das Recht, welches der Angreifende eben geltend macht, als in concreto wirklich begründet (fundirt), somit als existirend darstellen. Existirend ist aber nur das Recht, welches wirklich entstanden ist; daher umfaßt das factische Angriffsfundament alle jene Thatsachen, welche zur Entstehung des in concreto fraglichen Rechtes wesentlich nothwendig waren. In der Beweislast liegt demnach die Verbindlichkeit, das Angriffs- oder beziehungsweise Gegenangriffsfundament, d. i. das factische Ent-

standensein des geltend gemachten Rechtes rechtsgenügend zu bewahrheiten. Die Fortdauer des Rechtes braucht dagegen der Beweispflichtige nicht zu beweisen, jedoch nicht darum, weil die Fortdauer des entstandenen Rechtes etwa vermuthet wird, oder nicht erwiesen werden kann [61]), sondern deßhalb, weil sich die Fortdauer als eine Nothwendigkeit von selbst versteht. Denn da Rechte nur durch Thatsachen entstehen, wieder verändert und aufgehoben werden können, so muß ein einmal entstandenes Recht nothwendig so lange fortdauern, bis es durch eine neue Thatsache, sei es auch eine negative, z. B. Nichtgebrauch, wieder in seiner Wirksamkeit suspendirt, verändert oder aufgehoben wird. Wenn demnach der Gegner die Fortdauer des entstandenen Rechtes in Abrede stellt, so verneint (negirt) er nicht blos die gegentheilige Behauptung, die sich ja nur auf die Entstehung des Rechtes beschränkte, sondern er behauptet eine neue Thatsache, durch welche das Recht in seiner Wirksamkeit suspendirt oder aufgehoben, also wirkungslos geworden ist, mithin einen wahren Gegenangriff, welchen, nach dem allgemeinen Grundsatze, er selbst zu beweisen hat. Ein solcher Gegenangriff ist daher auch nicht etwa blos gegen die Präsumtion der Fortdauer des Rechtes [62]), die in den Gesetzen nicht ausgesprochen ist, sondern gegen das Recht selbst gerichtet, welches als in Folge der neuen, nach seiner Entstehung eingetretenen Thatsache wieder aufgehoben oder unwirksam gemacht dargestellt wird. Darum ist eine solche Behauptung, gegen die Klage gerichtet, wenigstens nach dem jetzigen Prozeßrechte als eine peremtorische Exception zu betrachten [63]), welche immer ebenso unmittelbar gegen das Recht selbst gerichtet, als vom Anführenden (Beklagten) zu beweisen ist. Weil hiernach der Kläger nur solche Thatsachen, die das Klagerecht als rechtlich entstanden darstellen, nicht aber auch die Fortdauer des entstandenen Klagerechtes zu behaupten hat, so kann der Beklagte auch nicht diese Fortdauer blos in Abrede stellen (negare), da die wirksame (zur Beweisung nöthigende) Negation wesentlich eine Behauptung voraussetzt, sondern er muß nothwendig eine die Fortdauer des entstandenen Rechtes wieder zerstört habende Thatsache anführen, d. i. die Aufhebung des Klagerechtes behaupten, also eine peremtorische Einrede im heutigen Sinne vorbringen.

Der Angreifende (Behauptende) hat demnach die factische Entstehung seines geltend gemachten Rechtes zu beweisen. Ob diese Entstehung durch das Sein oder Nichtsein gewisser Thatsachen bedingt sei,

---

61) Dieß führt z. B. Bethmann-Hollweg (Vers. S. 346 flg.) als Grund an. Allerdings kann die Fortdauer eines Rechtes nicht bewiesen werden, weil sich dieselbe auf kein neues Factum stützt, sondern nur in der nicht unterbrochenen Wirksamkeit der Entstehungsthatsachen besteht, mithin schon durch diese erwiesen wird. Vergl. Puchta a. a. O. S. 220 flg. ad C.

62) And. Mein. ist Bethmann-Hollweg, Vers. S. 348 flg.

63) Bayer, Vortr. S. 323. Nr. III. Puchta a. a. O. S. 219. Note e.

das hat auf die Beweislast keinen Einfluß, da, wie oben gezeigt wurde, auch derjenige, welcher sein Recht auf eine Negative gründet, gleichfalls ein Behauptender ist. Das Irrige der Behauptung, daß eine Negative vom Beweise befreie, oder nicht bewiesen werden könne, ist bereits vielfältig nachgewiesen worden [64]). Man darf die Negative (Behauptung des Nichtseins einer Thatsache) jedoch weder mit der blos negativen Einkleidung einer affirmativen Behauptung (z. B. N. lebt nicht mehr, d. h. N. ist gestorben) [65]), noch mit der Negation der gegnerischen Behauptung verwechseln. Die wahre Negative kann übrigens bald auf directem, so gut wie eine Affirmative, bald auf indirectem (künstlichem) Wege bewiesen werden [66]).

Welche Thatsachen zur Entstehung eines Rechtes jedesmal erfoderlich seien, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, sondern kann nur aus der Beschaffenheit der einzelnen Rechtsverhältnisse beurtheilt werden. Nur ist in Bezug auf die Beweislast hier zu bemerken, daß nach dem heutigen Prozeßrechte zu den Exceptionen (Repliken ꝛc.) nicht blos die Einreden im römischrechtlichen Sinne, sondern auch die Aufhebungsgründe, bei welchen nach dem römischen Rechte eine Aufhebung ipso iure eintritt, und endlich auch die Thatsachen gehören, welche die rechtliche Entstehung des Rechtes verhindern. Deßhalb braucht derjenige, welchem der Beweis der Entstehung eines Rechtes obliegt, nicht auch nachzuweisen, daß derselben kein rechtliches Hinderniß im Wege stand. Denn eine solche Nachweisung wäre der Beweis, daß der Entstehung des Rechtes keine Einrede entgegenstehe, und überdieß rein unmöglich. Wie der agens nur behauptet, daß sein Recht entstanden, nicht aber auch, daß die Entstehung fehlerfrei sei, so hat er auch nur Ersteres zu erweisen, und es ist Sache des Gegners, die der Entstehung entgegenstehenden Mängel bestimmt zu behaupten und zu beweisen. Man hat daher bei jedem einzelnen Rechte nur darauf zu sehen, welche Erfoderniſse zur Entstehung desſelben nach Vorschrift der Gesetze im Allgemeinen gehören. Der Beweis, daß diese Erfoderniſse überhaupt objectiv vorhanden seien, ist sodann auch genügend, und die Nachweisung, daß dieselben auch innerlich gehörig geeigenschaftet seien, nicht erfoderlich. Wir wollen dieß durch einzelne Beispiele erläutern. 1) Der agens braucht nicht die Dispositionsfähigkeit der bei einem von ihm behaupteten Rechtsgeschäfte thätig gewesenen Subjecte, sondern der Gegner hat den auf irgend einem Grunde (z. B. Minderjährigkeit, Geisteskrankheit ꝛc.) gestützten Mangel derselben zu beweisen [67]). War aber eine Person zur Zeit der Eingehung des Rechtsgeschäftes für sich allein dispositionsunfähig und z. B. durch einen Tutor dabei vertreten, so muß sie, wenn sie später

---

64) Man s. Weber a. a. O. S. 187 flg. Borst a. a. O. S. 23 flg. bes. Linde in der Zeitschrift Bd. I. S. 94 flg. Reinhardt, Handbuch I. §. 156.

65) Man s. z. B. L. 8. D. de probat.

66) Mühlenbruch, Entw. S. 157. Kori a. a. O.

67) Z. B. C. 5. C. de codicillis. (5. 36.)

aus diesem Geschäfte selbstständig klagen will, die eingetretene Dispositionsfähigkeit beweisen, weil diese aus dem fraglichen Geschäfte nicht ersichtlich ist. 2) Bei einem Vertrage hat der Kläger blos die wirklich erfolgte Abschließung desselben und das Dasein der materiellen, zum Begriffe des fraglichen Contractes gehörigen Erfoderniſſe zu bewahrheiten; dem Beklagten dagegen liegt der Beweis der Hinderniſſe ob, welche dem rechtlichen Entstehen des Vertrages in subjectiver, formeller oder materieller Hinsicht im Wege standen, z. B. dolus, error, metus etc.[68]). Gehört aber das Absein einer Verschuldung zum Klaggrunde, so muß der Kläger dieses Absein beweisen [69]). Beruht dagegen die Vertheidigung des Beklagten auf einer solchen Schuldlosigkeit, so liegt ihm der Beweis ob [70]). Kaufte der Kläger von einem Unmündigen, so hat er zu beweisen, daß der Vormund seine Auctorität interponirt habe, nicht aber daß dieser kein falsus tutor war, oder daß die zur Veräußerung von Mündelgütern erfoderlichen Solennitäten beobachtet worden seien[71]). Ueberhaupt hat der Kläger da, wo eine bestimmte Form, z. B. gerichtliche Bestätigung, als Bedingung der Giltigkeit gesetzlich vorgeschrieben ist, nur zu beweisen, daß die Form beobachtet, nicht aber auch, daß dabei kein Fehler begangen worden sei, was der Gegner darzuthun hat[72]). 3) Bei der Cession einer Foderung ist blos die Abschließung des Kaufes der Foderung, nicht aber auch zu beweisen, daß die lex Anastasiana nicht verletzt worden sei, indem der Gegner die Verletzung derselben beweisen muß [73]). Denn ist auch die Verletzung des anastasischen Gesetzes mit der Nichtigkeit der Cession bedroht, so gehört die Beachtung desselben doch nicht zum Begriffe der Cession, dessen einzelne wesentliche Merkmale allein vom Cessionar als vorhanden nachzuweisen sind, und es ist sodann anzunehmen, daß das anastasische Gesetz nicht verletzt worden sei. Verletzungen von Gesetzen müssen stets von denen, welche sie behaupten, erwiesen werden. Die Verletzung dieses Gesetzes ist blos, wie z. B. der dolus, ein Hinderniß der rechtlichen Entstehung der Cession, ein Nullitätsgrund, und darum von dem zu beweisen, der die Nichtigkeit der Cession darauf gründen will. 4) Wer den Erwerb einer Sache behauptet, ist blos verbunden den Erwerb selbst, nicht aber auch zu beweisen, daß die Sache eine erwerbbare sei, indem vielmehr der Gegner das Dasein einer Eigenschaft, wegen welcher die Sache nicht erworben werden konnte, darthun muß [74]). 5) Ist

---

68) Z. B. wegen dolus L. 18. §. 1. D. de probat.

69) Z. B. L. 9. §. 4. D. locati. (19. 2.)

70) L. 11. D. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) C. 5. C. de pign. act. (4. 24.)

71) L. 13. §. 3. D. de Publiciana in rem act. (6. 2.) C. 2. C. si quis ignorans. (5. 73.) §. 17. Inst. de inutil. stipul. (3. 20.) §. ult. Inst. de fideiuss. (3. 21.) Mühlenbruch, Entw. S. 160. Bethmann-Hollweg, Verſ. S. 359. Nr. 8.

72) Z. B. L. 5. §. 1. D. de probat.

73) Weber a. a. O. S. 277. Bethmann-Hollweg, Verſ. S. 357. Nr. 5. And. Mein. ist. z. B. Borst a. a. O. S. 64 flg. §. 47.

74) Bethmann-Hollweg, Verſ. S. 355. Nr. 3.

darüber Streit, ob ein Vertrag pure oder unter einer Bedingung abgeschlossen worden sei, so muß der Theil die Bedingung beweisen, welcher auf deren Dasein seinen Angriff stützt, also dieses Dasein behauptet. Klagt daher der Kläger aus einem reinen Vertrage, so liegt der Beweis der Bedingung dem Beklagten ob, wenn er eine solche behauptet[75]). Im umgekehrten Falle muß dagegen der Kläger die Bedingung darthun. Denn im ersten Falle gehört das Dasein der Bedingung zur factischen Begründung der Einrede, im zweiten aber zum (factischen) Klaggrunde. 6) Die Klage auf Prästation eines Legates wird schon durch den Beweis der Anordnung desselben begründet, und dem Erben liegt ob, die behauptete ademtio legati zu beweisen[76]), da diese ademtio das Klagerecht zerstört und sonach eine peremtorische Einrede im heutigen Sinne ist. Das Recht auf Abzug der quarta Falcidia von einem Legate dagegen wird durch den Beweis begründet, daß die Summe der Legate mehr als drei Viertheile der Erbschaft betrage[77]), wogegen der Legatar die Behauptung, daß die quarta nach Abzug aller Legate noch unverletzt bleibe, als Replik gegen die eben erwähnte Einrede (im heutigen Sinne) zu beweisen hat. 7) Bei der rei vindicatio ist zu unterscheiden: gründet sich der Kläger auf eine ursprüngliche, d. i. solche Erwerbsart, welche, wie die Occupation, Accession und Verjährung, durch sich selbst den wahren Eigenthümer ohne dessen Zustimmung ausschließt, so bedarf es nur des Beweises dieses Erwerbsgrundes, wogegen der Beklagte Gründe gegen die Rechtsbeständigkeit desselben nachweisen kann. Stützt sich aber der Kläger auf einen abgeleiteten Erwerbsgrund, d. i. auf eine willkürlich geschehene Tradition, so muß er außer dem Erwerbsgrunde auch noch beweisen, daß der Trabent Eigenthümer war, weil die Tradition nur dann das Eigenthum begründet, wenn sie von dem Eigenthümer der tradirten Sache geschah, mithin das Eigenthum des Tradenten zum Begriffe der rechtlichen Tradition gehört, diese also nur unter der Voraussetzung jenes Eigenthumes als rechtlich vorhanden betrachtet werden kann[78]). 8) Bei der hereditatis petitio eines Intestaterben genügt der Beweis der Verwandtschaft, wenn nicht der Beklagte gleichfalls ein Verwandter ist; in welchem Falle der Kläger auch noch darthun muß,

---

75) And. Mein. ist z. B. Weber a. a. O. S. 328 flg. Man s. aber Bethmann-Hollweg, Vers. S. 354 flg. Nr. 2.

76) L. 22. D. de probat. L. 22. D. de leg. II. L. 11. §. 12. D. de leg. III. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 358. Nr. 6.

77) L. 17. D. de probat.

78) Unterholzner im Archiv für civil. Prax. Bd. VII. S. 233 flg. Henschel das. Bd. IX. S. 316 flg. v. Falkenstein das. Bd. X. S. 226 flg. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 360. Seuffert, Erört. Abth. II. S. 32 flg. Gesterding, Ausbeute ꝛc. Bd. II. S. 435 flg. Heimbach de dominii probatione ex principiis iuris tam Rom. quam Saxon. Lips. 1827. Der Streit über den Beweis des Eigenthumes kann als abgethan betrachtet werden, seitdem auch Thibaut seine abweichende Meinung (im Archiv für civ. Praxis Bd. VI. S. 311 flg.) zurückgenommen; siehe dessen System des P.-R. (8. Ausg.) §. 707.

daß er nähere Ansprüche habe. Der Beweis, daß der Erblasser ohne Testament gestorben sei, liegt dem Kläger nicht ob, da das Intestaterbfolgerecht schon durch die gehörig qualificirte Verwandtschaft seinem Begriffe nach begründet wird, und das Vorhandensein eines Testamentes nur ein Hinderniß der Wirksamkeit desselben, mithin ein den Eintritt dieses Erbrechtes perimirender Umstand (eine zerstörliche Einrede) ist. Nur wenn der testamentlose Tod des Erblassers zum Begriffe des Intestaterbfolgerechtes gehörte, oder dafür, daß der Erblasser nicht ohne Testament sterbe, eine Rechtsvermuthung stritte, hätte der Kläger auch zu beweisen, daß der Erblasser kein Testament hinterlassen habe; wiewohl im letzteren Falle blos eine Einrede durch Gegenbeweis zu entkräften wäre. Die Testamentifaction ist eine Thatsache, welche derjenige beweisen muß, der sie behauptet, um einen Rechtsanspruch darauf zu gründen [79]). 9) Bei den Servitutsklagen tritt hinsichtlich der Beweislast keine Verschiedenheit ein, sobald sie in ihrer eigenthümlichen Natur aufgefaßt werden. Bei der actio confessoria, d. i. vindicatio servitutis, hat der Kläger sich durch den Beweis des Eigenthumes zur Sache zu legitimiren und den eigentlichen Klaggrund, daß ihm nämlich die eingeklagte Servitut wirklich zustehe, also die Thatsachen zu beweisen, welche die Servitut als rechtlich entstanden darstellen. Der Besitz der Servitut befreit ihn nicht vom Beweise, da der rechtliche Besitz erst die Folge der Servitut ist und sonach erst durch diese begründet werden kann. Die Berufung auf den Besitz genügt daher zwar bei possessorischen Rechtsmitteln, nicht aber bei petitorischen, da er keine den Beweis entbehrlich machende Rechtsvermuthung für das Recht gewährt [80]). Wer bei der actio negatoria zu beweisen habe, ist sehr bestritten [81]). Sie ist, richtig aufgefaßt, eine vindicatio libertatis, eine rei vindicatio wegen theilweiser Verletzung des Eigenthumes [82]), und auf Anerkennung der natürlichen Freiheit der Sache, auf Stellung einer Caution wegen künftiger Störungen sowie auf Schadenersatz gerichtet. Der Kläger hat also hier blos den Beweis des Eigenthumes zu führen, indem durch diesen zugleich das Recht, welches er verfolgt, die Freiheit der Sache, und somit Ausschließung jeder Störung begründet wird. Es läßt sich sogar rechtfertigen, den Eigenthumsbeweis hier blos in der Weise zu verlangen, in welcher er zur Begründung der actio Publiciana erfoder-

---

79) Vergl. Kori a. a. O. S. 93. Note 5. Bethmann-Hollweg, Verf. S. 362 flg. And. Mein. ist Gensler im Archiv für civil. Pr. Bd. I. S. 271.

80) Die gewöhnliche Meinung ist dagegen, man sehe aber Weber a. a. O. Nr. 5. S. 136 flg. Esser, krit. Beleucht. des röm. Rechtes über die Beweislast bei den Servitutenklagen, Trier 1826. S. 34 flg. und Francke im Archiv für civ. Pr. Bd. XXI S. 22. flg. §. 4.

81) Man sehe hierüber Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. XIX. S. 285 flg. und die Literatur z. B. in Mackeldey's Instit. (9. Ausgabe.) §. 293. Note e. Bes. v. Vangerow, Leitfaden für Pandectenvorlesungen, Bd. I. Marb. 1839. S. 706 flg.

82) G. Fr. Puchta im rhein. Museum, Bd. I. S. 165 flg.

lich ist[83]). Will der Beklagte sich gegen diese negatoria schützen, so muß er die actio confessoria als Einrede gebrauchen und sonach diese, nämlich die behauptete Servitut, rechtsgenügend beweisen, selbst wenn er sich im Besitze derselben befinden sollte[84]), und sich zuvor durch den Beweis des Eigenthumes, in Ansehung dessen er in derselben Weise wie der Kläger zu begünstigen ist, zur Sache legitimiren.

Von der regelmäßigen Beweislast abweichend sind hauptsächlich folgende Bestimmungen: 1) Wenn ein Pupill oder Minderjähriger, ein Weib, Soldat, Bauer oder ein sonst in Gerichtshändeln unerfahrener Mensch eine Nichtschuld zurückfodert, so muß der Gegner beweisen, daß er das Geld rechtlich empfangen habe, wenn er nicht verurtheilt werden will[85]). Will man diesen Fall auch mit Borst[86]) zu den Rechtsvermuthungen rechnen, so liegt darin doch immer eine Begünstigung der genannten Personen und insofern gewiß eine Ausnahme von der Regel, als der Kläger hier anstatt des Klaggrundes blos ein bestimmtes persönliches Verhältniß, wenn es bestritten werden sollte, nachzuweisen hat. 2) Wenn der mit der condictio indebiti Belangte den Empfang der Zahlung ableugnet, nachher aber dieser vom Kläger bewiesen wird, so muß der Beklagte nun beweisen, daß er das an ihn Gezahlte wirklich zu fodern hatte[87]). 3) Wenn der Beklagte eines vorsätzlich wider die Wahrheit abgeleugneten Besitzes überwiesen wird, so muß er die Sache dem Kläger abtreten und sein Recht klagend verfolgen, mithin auch beweisen[88]). 4) Wenn der dritte Besitzer einer als Pfand gegen ihn verfolgten Sache das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders leugnet und der Kläger dieses beweist, so muß jener den Besitz der Sache abtreten und nun ein besseres oder vorzüglicheres Recht an der Sache ausführen[89]). In diesen Fällen hat die Ausnahme in dem böslichen Ableugnen ihren Grund, welches dadurch bestraft werden sollte. Borst will auch diese Fälle nur als Rechtsvermuthungen erklären, was aber kaum angeht. Der Fall in L. 11. D. de probat. gehört nicht hierher[90]), und eben so wenig

---

83) G. Fr. Puchta a. a. O. S. 182 flg.

84) Hufeland, Beitr. St. 4. Nr. 10. Borst a. a. O. §. 84 flg. S. 106 flg. Veltheim act. conf. et neg. Kil. 1822. Esser a. a. O. Puchta a. a. O. W. H. Puchta, über die gerichtl. Klagen ꝛc. Gießen 1833. §. 85. S. 213 flg. Mittermaier a. a. O. Francke a. a. O. Hefftter zu Weber, S. 284. ꝛc. And. Mein. sind z. B. Weber, Beitr. zu den Klagen und Einreden, St. 2. Nr. 16. Pfeiffer a. a. O. S. 207. Seuffert, Erört. Bd. II. Nr. 18. ꝛc.

85) L. 25. §. 1. D. de probat.

86) A. a. O. §. 32. S. 39 flg.

87) L. 25. pr. D. de probat.

88) L. 80. D. de R. V. (6. 1.) Nov. 18. c. 10.

89) Nov. 18. c. 10. Auth. Item possessor Cod. qui pot. in pign. (8. 18.) Man s. Weber, über die Verb. zur Beweisf. S. 339 flg. und Hefftter zu Weber S. 265.

90) And. Mein. ist Bayer, Vortr. S. 324. Nr. V. siehe aber Mühlenbruch, Entw. S. 158. Nr. 2. lit. a. Auch die contumacia konnte eine

der Fall, wo die Gesetze das iuramentum in litem zulassen [91]), da hier keine Ausnahme hinsichtlich der Beweislast eintritt, sondern nur der obliegende Beweis theilweise durch Eid erbracht werden darf. Auch wegen Begünstigung der Sache tritt keine Ausnahme ein, indem die Fälle, welche man hierher rechnen will [92]), nicht die Beweislast, sondern die Frage betreffen, wie im Zweifel zu erkennen sei.

VI. Beweisverfahren.

A) Geschichtliche Einleitung.

1) Dem römischen Rechte [93]) ist ein abgesondertes Beweisverfahren unbekannt, wenn gleich bei einzelnen Beweismitteln (Zeugen, Urkunden und Eid) ein eigenthümliches Verfahren stattfand. Da es bei den Römern keine Beweisinterlocute im heutigen Sinne gab, so wurde auch die Beweislast sowie der Beweissatz in der Regel nicht voraus bestimmt, sondern nur ausnahmsweise dem einen oder anderen Theile der Beweis einer Thatsache durch ein Interlocut aufgegeben, Beweis und Gegenbeweis äußerlich nicht geschieden und eben so wenig eine eigentliche Beweisfrist festgesetzt, indem die außerordentliche Vertagung der Sache zur Anschaffung von Beweismitteln (dilatio instrumentorum causa), welche eher dem Beklagten als dem Kläger bewilligt wurde und nach Verschiedenheit der Entfernungen gesetzlich drei, sechs und neun Monate betrug [94]), nicht als eine solche betrachtet werden kann.

2) Dasselbe gilt vom canonischen Rechte, indem es dem Wesen nach vom römischen nicht abweicht. Unter probatio versteht es vorzugsweise den Zeugenbeweis, zu dessen Antretung ein terminus probatorius durch eine sententia interlocutoria gegeben wurde, gegen welche man appelliren konnte. Urkunden und Eidesdelation durfte man immer gebrauchen [95]).

3) Obgleich auch dem ältesten teutschen Rechte ein abgesondertes Beweisverfahren fremd war [96]), so ist doch der Ursprung desselben in dem teutschen Prozesse zu suchen. Die Prozeßlehrer, welche das römische und canonische Recht zuerst für Teutschland bearbeiteten, ließen, dem fremden Rechte getreu, Urkunden und Eidesdelation zu jeder Zeit zu und bestimmten hinsichtlich des Zeugenbeweises, daß dieser erst

---

Ausnahme bewirken, z. B. L. 15. D. de O. N. N. (39. 1.) siehe darüber Francke a. a. O. S. 13 flg.

91) And. Mein. ist Weber a. a. O. S. 344 flg.

92) Z. B. Mühlenbruch a. a. O. lit b.

93) Goldschmidt, Abh. a. d. Civilproz. Nr. V. S. 51 flg. Mittermaier, der gem. Proz. Beitr. II. 2. Aufl. §. VII. S. 142 flg. Hefftter, Institt. S. 349 flg. Bethmann-Hollweg, Handbuch (s. Note 1.) §. 24. S. 264 flg. Linde, Lehrb. §. 238.

94) L. 7. D. de feriis et dil. (2. 12.) C. 1. 2. und 7. C. de dilat. (3. 11.)

95) Mittermaier a. a. O. S. 144 flg. Belegstellen bei Rudorff, Grundriß S. 142. §. 69. Nr. 2.

96) Man sehe die Note 1 ang. Schriften von Rogge und Maurer.

nach dem Schlusse der Verhandlungen über die Hauptsache eingeleitet werden sollte. Der Sachsenspiegel und andere Quellen der mittleren Zeit[97]) sprechen schon bestimmt von Beweisinterlocuten und Beweisfrist, aber wohl nur in Bezug auf den Zeugenbeweis, zu dem sich der Beweispflichtige ausdrücklich erbieten mußte. Im 14. und 15. Jahrhundert kommen schon häufig Beweisinterlocute vor, welche die ganze Sache erschöpfen sollten und alle Beweismittel umfaßten[98]). Im sächsischen Prozesse[99]) entwickelten sich die Beweisinterlocute mit Bestimmung der Beweisfrist und dadurch das einem eigenen Abschnitte gewidmete Beweisverfahren am Bestimmtesten. Die Praxis und andere Particulargesetze folgten hierin dem sächsischen Prozesse und bildeten das Beweisverfahren in einen regelmäßigen, nach der Duplik eintretenden, besonderen Prozeßabschnitt vollständig aus. Denn die Reichgesetze[100]) schlossen sich im Wesentlichen an das römische und canonische Recht und die hierauf gebaute ältere Praxis an und wichen nur darin ab, daß sie eine gleichzeitige Beweisung der Klage und der peremtorischen Einreden in einem besonderen Termine anordneten. Durch die C. G. O. von 1555 wurde der ganze Prozeß in bestimmte Termine vertheilt, wovon auch einer, nach beschlossenem articulirten Verfahren, für die Beweisung, die sich aber hauptsächlich auf den Zeugenbeweis bezog, bestimmt war. Denn andere Beweismittel, z. B. Urkunden, konnte man noch nach der Eröffnung der Zeugenaussagen bis zu dem ad producendum omnia et ad concludendum angeordneten Finaltermin vorbringen. Das Beweisverfahren trat daher nicht als bestimmter Prozeßabschnitt hervor, sondern war mit dem jetzt sogenannten ersten Verfahren verwebt. Eigentliche Beweisinterlocute konnten also hiernach nicht vorkommen; ja die Anticipation des Beweises bildete sogar die regelmäßige Form, welche noch der J. R. A. der Willkür der Parteien freistellte und näher entwickelte. Uebrigens vertheilte auch dieses Reichsgesetz den Beweis und Gegenbeweis in bestimmte Termine, ohne das Verfahren hierüber auf einen besonderen Abschnitt zu verweisen.

4) Das Beweisverfahren in seiner heutigen Gestalt wurde demnach zwar durch das fremde Recht, namentlich durch die Vorschriften über Eidesdelation und Urkunden- und Zeugenbeweis veranlaßt und beruht in Bezug auf Beweislast und Satz und den Gebrauch und Werth der einzelnen Beweismittel vorzugsweise auf demselben, erhielt aber seine eigenthümliche Umbildung zu einem besonderen Prozeßabschnitt durch das teutsche Recht, wie sich dieses nach dem Vorgange des sächsischen Prozesses durch Doctrin und Praxis, jedoch unter Einfluß der

---

97) Sachsensp. Bd. II. Art. 18. Bd. I. Art. 62. Sächs. Weichb. Art. 75. 86. Kaiserr. Bd. I. Art. 18. Richtst. Landr. Cap. 16.

98) Hefftter, Inst. S. 351. und dort Note 6.

99) Constit. elect. P. I. c. 16. Sächs. P. O. Tit. 20 u. 21.

100) Ratification von 1500. XIII. §. 5. XIV. 1. 3. C. G. O. v. 1508. I. §. 8—14. IV. 1. 3. v. 1521. XIX. 8. v. 1523. III. 4. und v. 1555. III. 16. 27—29. J. R. A. §. 35 flg. Goldschmidt a. a. O. Hefftter, Inst. S. 351. Linde im Archiv. für civ. Pr. Bd. XII. S. 3 flg.

in der Reichsgesetzgebung enthaltenen Eventualmaxime [101]) allmälig ausgebildet hat. Daneben blieb die Anticipation des Beweises noch fortbestehen, welche blos in Bezug auf das abgesonderte Prozeßverfahren so genannt werden kann, hiervon abgesehen aber die im fremden und alten teutschen Rechte übliche Beweisung ist.

B) Beweisinterlocut.

Das ordentliche (regelmäßige) Beweisverfahren kann nur durch ein Beweisinterlocut veranlaßt werden. Hat nämlich das erste Verfahren (der sogenannte Schriftenwechsel) hauptsächlich den Zweck, den Klagangriff und die durch diesen veranlaßten Gegenangriffe (Exceptionen, Repliken ꝛc.) vorzubringen und durch rechtlich wirksame Thatsachen vollständig zu begründen, sowie durch die Antworten der jedesmal Angegriffenen auf die Angriffsthatsachen das wirklich Streitige in den factischen Angriffs- und Gegenangriffsfundamenten bestimmt auszumitteln, so bezweckt das zweite oder Beweisverfahren die rechtsgenügende Bewahrheitung (Beweisung) der durch das erste Verfahren ausgemittelten factischen Streitpuncte (Behauptungen). Der Richter muß daher nach Beendigung des ersten Prozeßabschnittes, wenn nämlich keine, erlaubter Weise vorgebrachte Angriffsbehauptung mehr unbeantwortet ist, durch ein Erkenntniß bestimmen: 1) wer zu beweisen habe, 2) was zu beweisen sei, und 3) binnen welcher Zeit die Beweisung begonnen (angetreten) werden solle. Dieses Erkenntniß heißt nun Beweisinterlocut.

1) Das Beweisinterlocut, welches auch mit einem Definitivurtheile verbunden sein kann (gemischtes Erkenntniß), ist theils decisiv (entscheidend), insofern es über die Beweislast und den Beweissatz erkennt, theils prozeßleitend, insofern es eben einen neuen Prozeßabschnitt veranlaßt; darum heißt es sententia (in Bezug auf die Entscheidung) interlocutoria (in Bezug auf die Prozeßleitung). Man nennt es auch sententia vim definitivae in se habens, insofern es nämlich die Beschaffenheit des Endurtheiles im Voraus bestimmt, und der erbrachte Beweis ebenso den endlichen Sieg, als das Mißlingen desselben, das Gegentheil, zur Folge hat, wie sich unten näher ergeben wird. —

2) Die Beweislast ist nach den obigen Grundsätzen (Nr. V.) im Interlocute zu bestimmen. Dasselbe gilt 3) hinsichtlich des Beweissatzes, indem nur relevante, noch ungewisse Thatsachen Gegenstand der Beweisung sein können (Nr. IV.). Wie aber der Beweissatz zu fassen sei, darüber ist man nicht einig, indem Manche [103]) es

---

101) Linde a. a. O. S. 1 flg. J. A. M. Albrecht, die Ausbildung des Eventualprincipes im gem. Civilproz. Marb. 1837.

102) Martin, Lehrbuch §. 180 flg. Hefftter, Institut. S. 352 flg. Linde, Lehrb. §. 239 flg. Bayer, Vortr. S. 297 flg. Reinhardt, Handb. I. §. 155. Weber a. a. O. S. 29 flg. Collmann a. a. O. S. 95 flg. W. H. Puchta, der Dienst ꝛc. I. §. 191.

103) Z. B. Hefftter, Inst. S. 352. §. 50. Götz im Archiv für civ. Pr. Bd. VI. S. 161 flg.

für hinreichend halten, wenn dem Beweisführer blos aufgegeben wird, den Grund seiner Klage, Einrede ꝛc. soviel überhaupt davon verneint worden, zu erweisen; Andere[104]) aber vorschlagen, den Beweissatz blos auf das Dasein des von der Partei behaupteten Rechtes oder der streitigen Verbindlichkeit im Allgemeinen zu beschränken, Andere endlich, und zwar die Meisten[105]), eine specielle Festsetzung des Beweissatzes verlangen. Würden die Behauptungen von den Parteien stets bestimmt und deutlich vorgetragen und ebenso von dem Gegentheile beantwortet, so wäre die erste Art der Fassung, die früher ziemlich allgemein war und jetzt noch hier und da üblich ist, vollkommen genügend und zugleich ein Mittel, irrelevante Beweisauflagen zu verhindern; im entgegengesetzten Falle aber gibt sie nur zu leicht zu irrelevanten Beweisführungen Veranlassung. Die zweite Fassungsart, offenbar die ungeeignetste, blieb nur Vorschlag. Die dritte ist entschieden die zweckmäßigste, weil sie nicht nur jeden Zweifel über das, was zu beweisen ist, beseitigt und so irrelevanten Beweisantretungen vorbeugt, sondern auch der richterlichen Beurtheilung des rechtlichen Werthes des angetretenen sowie des durchgeführten Beweises einen sicheren Anhaltepunct gibt. Bei der speciellen Fassung hat der Richter alle einzelnen Thatsachen, welche der Beweispflichtige zur Begründung des Angriffes vorgebracht hat, insoweit sie wirklich erheblich und juristisch ungewiß sind, wörtlich in den Beweissatz aufzunehmen und neben dieser materiellen Vollständigkeit zugleich auf formelle Bestimmtheit und Deutlichkeit zu sehen. Der Beweissatz muß überhaupt so gefaßt sein, daß, unter der Voraussetzung der Wahrheit des Inhaltes desselben, der fragliche Angriff oder Gegenangriff als seinem rechtlichen Begriffe nach erschöpft und somit als völlig begründet erscheint. Enthält schon der Parteivortrag die zu beweisenden Behauptungen bestimmt und deutlich genug, so kann die Wiederholung derselben im Beweissatze durch genaue Beziehung auf dieselben vermieden werden[106]). Hat eine Partei im Laufe des ersten Verfahrens sich zugleich auf Thatsachen bezogen, von welchen auf die Wahrheit der eigentlichen factischen Grundlage des fraglichen Angriffes blos geschlossen werden kann, so ist der Beweissatz nicht auf jene Prämissen der Schlußfolgerung, sondern auf die eigentliche (directe) factische Grundlage zu richten. Sind dagegen bei Rechtsvermuthungen die factischen Prämissen bestritten, so bilden nur letztere den Beweissatz, weil hier die unmittelbare factische Grundlage schon durch die Rechtsvermuthung bewahrheitet ist und deßhalb nicht mehr zum Beweise ausgesetzt werden darf[107]). Hat eine Partei ihren Angriff

---

104) Z. B. Gönner, Handb. Bd. II. Abh. 38.

105) Siehe z. B. Martin u. Linde a. d. a. OO. Gensler im Archiv für civ. Pr. Bd. I. S. 350. Sartorius in v. Zu Rhein's Jahrb. Bd. I. S. 85 flg.

106) Gensler a. a. O. S. 353 flg.

107) And. Mein. ist in Bezug auf Rechtsvermuthungen Bayer, Vortr. S. 326. Nr. 3 a. E.

durch mehrere factische Gründe unterstützt, von welchen jeder für sich allein schon hinreichend gewesen wäre, den Angriff zu rechtfertigen, so sind zwar alle diese Gründe in den Beweissatz, jedoch nur alternativ aufzunehmen, und dem Beweisführer ist die Wahl frei zu lassen, ob er den einen oder anderen Grund beweisen wolle [108]). Das dem Richter bei quantitativen Foderungen etwa zustehende Mäßigungsrecht pflegt im Interlocute auf geeignete Art vorbehalten zu werden. Die Regulirung des Beweissatzes hat sich übrigens über alle relevanten und wirklich streitigen Puncte zu verbreiten, diese mögen die Klage, Einreden, Repliken ꝛc. die Haupt- oder Nebensachen betreffen. Zweifelhaft gefaßte Behauptungen der Parteien sind zwar, bevor sie zum Beweise ausgesetzt werden können, von diesen näher zu erklären, wenn sie aber dennoch in den Beweissatz aufgenommen worden sind, gleich den Behauptungen, welche durch die Art der Fassung des Interlocutes zweifelhaft wurden, in der Bedeutung zu nehmen, welche dem Behauptenden vortheilhafter ist [109]).

4) Die Beweisfrist [110]), d. i. der Zeitraum, binnen welchem der Beweis anzutreten ist — wohl zu unterscheiden von dem Beweistermine, d. i. dem Tage, an welchem die Beweisantretung und die weitere Verhandlung hierüber im mündlichen Verfahren geschehen soll — wird zwar regelmäßig auch im Beweisinterlocute vom Richter bestimmt, wenn nicht schon das Gesetz eine solche festgesetzt hat, in welchem Falle er blos auf die gesetzliche Frist hinweist, ist aber an sich kein Bestandtheil des Beweiserkenntnisses, weil die Festsetzung der Beweisfrist keine Entscheidung (decisio), die sich blos auf die Beweislast und den Beweissatz beschränkt, sondern nur eine prozeßleitende, namentlich die Zeit zur Vornahme einer Prozeßhandlung bestimmende Verfügung ist, in Folge welcher die beweispflichtige Partei eben das thun soll, was ihr durch den decidirenden Theil des Beweisinterlocutes als eine den endlichen Sieg bedingende Verbindlichkeit auferlegt worden ist. Wird daher die Beweisfrist in das Interlocut aufgenommen, so erscheint sie blos als eine eventuell erlassene Vollziehungsverfügung des eigentlichen Beweiserkenntnisses; eventuell nämlich in Bezug auf die Vollziehbarkeit dieses letzteren, welche natürlich die eingetretene Rechtskraft desselben voraussetzt. Hieraus folgt von selbst, daß der Lauf der Beweisfrist erst von dem Tage der eingetretenen Rechtskraft des Beweisinterlocutes, also da, wo gegen dieses noch Rechtsmittel zulässig sind, nach Ablauf des zur Einwendung solcher bestimmten decen-

---

108) Gensler a. a. O. S. 384. Bayer, Vortr. S. 326. Nr. 4.
109) L. 66. D. de iud. (5. 1.) L. 12. D. de reb. dub. (34. 5.)
110) Gönner, Handb. Bd. II. Abh. 37. §. 29 flg. Martin, Lehrb. §. 180. Note a—e. §. 183 u. 184. Linde, Lehrb. §. 243. Heffter, Inst. S. 354 flg. §. 53 flg. Bayer, Vortr. S. 416 flg. Reinhardt, Handb. I. §. 154. und II. §. 273 flg. Puchta a. a. O. §. 211. Goldschmidt a. a. O. Nr. V. Gesterding im Archiv für civ. Pr. Bd. V. S. 252 flg.

dium, sonst aber vom Tage der Publication oder der anstatt dieser geschehenen Insinuation desselben an beginnen könne [111]), sowie daß die Beweisfrist deßhalb, weil sie in das Interlocut aufgenommen worden, nicht schon durch die Rechtskraft des letzteren peremtorisch werde [112]). Denn wollte man auch annehmen, daß die Rechtskraft des Interlocutes sich auch auf die Beweisfrist erstrecke, wiewohl nur Entscheidungen, wozu Fristbestimmungen nicht gehören, da sie keinen streitigen Punct entscheiden, rechtskräftig werden können, so würde deßhalb die Beweisfrist noch keine peremtorische werden, da die Natur der Frist dadurch, daß sie rechtskräftig geworden (obgleich es unprozessualisch wäre, von einer rechtskräftigen Frist zu sprechen), nicht verändert werden könnte; jede Frist aber, im Zweifel, wenn sie nämlich nicht als eine peremtorische festgesetzt worden, für eine dilatorische zu halten ist [113]), was daher auch von einer in einem rechtskräftigen Urtheile nicht ausdrücklich für peremtorisch erklärten Frist gelten muß, und überdieß Strafen, wozu auch Rechtsnachtheile gehören, die mit der Versäumung peremtorischer Fristen verbunden sind, niemals ohne gesetzliche oder vom Richter erlaubterweise erfolgte Androhung eintreten können. Die Beweisfrist muß demnach, wenn sie peremtorisch sein soll, entweder durch das Gesetz, oder vom Richter als eine solche bestimmt sein. Gesetzlich gibt es aber nach gemeinem Rechte keine peremtorische Beweisfrist [114]). Wenn daher eine solche, im Interlocute oder sonst, schlechthin festgesetzt wird, so ist sie für eine dilatorische zu halten, welche der Beweisführer ohne allen Nachtheil verstreichen lassen kann; nur muß er die Kosten bezahlen, welche die Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners, die jedoch das erste Mal blos die Festsetzung einer peremtorischen Frist bezwecken kann, veranlaßt, wenn er sich nicht etwa von der dabei vorausgesetzten Schuld reinigen kann, in welchem Falle ihm auch dieser Kostenersatz nicht zur Last fällt. Daß das dritte Decret von selbst, wie dieß nach römischem Rechte der Fall war [115]), peremtorisch sei, ohne daß die Frist ausdrücklich für peremtorisch erklärt wurde, ist sehr zu bezweifeln, da es einmal Grundsatz ist, daß die peremtorische Frist, wenn sie nicht schon das Gesetz als eine solche bestimmt, was aber in Bezug auf die Beweisführung auch das römische Recht nicht gethan hat, ausdrücklich festgesetzt werden muß [116]). Wird vom Richter, gleichviel ob im Interlocute oder

---

111) Dem Resultate nach ist dieß jetzt wohl die allgemeine Meinung. Man sehe die Note 104 angef. Schriften. And. Mein. sind z. B. Stryck, U. M. XXII. 3. §. 8. Gesterding a. a. O. Reinhardt, Handb. Bd. II. §. 275.

112) And. Mein. sind z. B. Heffter, Inst. S. 355. §. 54. u. Linde, Lehrb. §. 243. Man sehe aber Martin, Lehrb. §. 183. siehe unten Nr. 6.

113) Reinhardt, Handb. II. §. 268. Linde, Lehrb. §. 174.

114) Gönner, Handb. II. Abh. 37. §. 29. Martin, Lehrb. §. 180. Note a—c. u. §. 183. Bayer, Vortr. S. 417.

115) L. 68—70. u. 72. D. de iud. (5. 1.) L. 53. §. 1. D. re iud. (42. 1.) C. 8. C. quomodo et quando iud. (7. 43.)

116) And. Mein. ist Linde §. 243.

nachher, die Beweisfrist peremtorisch festgesetzt, so treten bei ihr dieselben Grundsätze wie bei anderen peremtorischen Fristen ein; sie kann auf begründetes Nachsuchen sogar öfter erstreckt werden, und es findet Nachholung des Versäumten auch nach Ablauf derselben bis zur erfolgten Ungehorsamsbeschuldigung [117]) statt. Am Zweckmäßigsten ist es, die Beweisfrist stets peremtorisch zu bestimmen, wie es nach altem teutschen Gerichtsgebrauche auch immer geschah [118]). Particulargesetze haben sie, was noch mehr zu empfehlen ist, sogar für eine Nothfrist (fatale) erklärt, so daß Präclusion von selbst (ipso iure) ohne Contumacialanklage eintritt. Erstreckung ist jedoch auf zeitiges Ansuchen auch in diesem Falle nicht ausgeschlossen, wenn sie vom Gesetze nicht ausdrücklich für unstatthaft erklärt worden ist. Da der Anfang der Beweisfrist die Rechtskraft des Interlocutes voraussetzt, so leuchtet von selbst ein, daß bei einem gegen dasselbe eingewandten Rechtsmittel die Beweisfrist erst nach vollständiger und dem Beweisführer gehörig bekannt gewordener Erledigung des Rechtsmittels, diese mag durch Verzicht oder richterliche Verfügung erfolgt sein, zu laufen beginnen könne, insofern das erwirkte Erkenntniß nicht etwa jede Beweisfrist überflüssig macht. Der Eintritt des Laufes der richterlichen Beweisfrist wird auch dadurch verhindert, daß der Gegner des Beweisführers einer im Interlocute oder früher aufgegebenen, vor der Beweisantretung zu verrichtenden Leistung noch nicht Genüge gethan hat. Bei gesetzlich bestimmter peremtorischer Beweisfrist, oder wenn der Beweisführer selbst noch etwas zu leisten hat, tritt eine solche Verhinderung nur dann ein, wenn das zu Leistende in einem Präjudicialverhältnisse zur Beweisantretung steht [119]). Die einmal begonnene Beweisfrist endigt erst mit dem Ablaufe des letzten Tages [120]).

5) Das Beweisinterlocut hat da, wo ein sogenannter indirecter Gegenbeweis nothwendig ist, auch diesen zugleich mit dem Hauptbeweise, sowohl hinsichtlich der Beweislast, als des Beweisthemas und der Beweisfrist zu reguliren. Nach römischem und canonischem Rechte [121]) kam es zum Beweise der Einrede erst nach gelungenem Beweise der Klage, zum Beweise der Replik erst nach genügend erbrachtem Beweise der Einrede u. s. w., weil, wenn der Kläger nicht bewies, der Beklagte ohne Beweis von seiner Seite freigesprochen wurde, sowie der Kläger hinsichtlich der Einrede nichts zu thun brauchte, wenn der Beklagte diese nicht zu beweisen vermochte, was beziehungsweise wieder rücksichtlich der

---

117) Nach Martin, Lehrb. §. 183. sogar bis nach erlassenem Präclusivbescheide, siehe aber Linde, Lehrb. §. 170. und Bayer, Vortr. S. 206 und 420.

118) Martin, Lehrb. §. 184. Hefftter a. a. O.

119) Martin, Lehrb. §. 184. Nr. 2 u. 3. Linde, Lehrb. §. 243. Nr. 2.

120) Gönner, Handb. Bd. II. Abh. 37. §. 31 flg. Bayer, Vortr. S. 419.

121) Goldschmidt, über Litiscont. und Einred. S. 23 flg. Zimmern, Rechtsgesch. Bd. III. §. 132. Linde, Lehrb. §. 244.

Replik, Duplik ꝛc. galt, und weil es überhaupt kein abgesondertes Beweisverfahren gab, wie bereits oben bemerkt wurde. Wenn nun zwar auch nach dem heutigen gemeinen Prozesse hinsichtlich der Nothwendigkeit des indirecten Gegenbeweises die eben erwähnten Grundsätze des fremden Rechtes unbezweifelt gelten, so ist man doch darüber nicht einig, ob die Führung des indirecten Gegenbeweises auch heutzutage noch nur successiv, wenn ihn nämlich die Reihe trifft, oder unter Anwendung des Eventualprincipes gleichzeitig mit dem Hauptbeweise geschehen solle. Soviel ist zunächst wohl außer Zweifel, daß nach richtiger Ansicht in dem Beweisinterlocute auch der indirecte Gegenbeweis in der successiven Reihenfolge hinsichtlich des Beweissatzes, der Beweislast und der Beweisfrist vollständig, wenigstens eventuell zu reguliren ist, weil sonst auch mehrere successive Beweisinterlocute und folglich auch mehrere successive Beweisperioden nöthig wären. Diese gleichzeitige Regulirung des Haupt- und indirecten Gegenbeweises ist demnach eine nothwendige Folge des abgesonderten Beweisverfahrens, welches eben durch das Interlocut veranlaßt wird und alle erheblichen streitigen Thatsachen, welche sich im ersten Verfahren als solche herausstellten, seinem Begriffe zufolge umfassen muß, wenn gleich die Beweisung der Gegenangriffe an sich nur eventuell nothwendig ist. Es war ein folgenreicher Irrthum[122]), daß man unter dem vorbehaltenen Gegenbeweise gewöhnlich auch den indirecten mitbegriff und daher dessen Thema und Beweislast im Interlocute unbestimmt ließ, indem z. B. dadurch der eigentliche Gegenbeweis wider den Beweis der Einreden wegen des Axioms: reprobatio reprobationis non datur, völlig ausgeschlossen wurde. Gleichwohl galt dieser Irrthum ziemlich allgemein[123]). Was sodann die Führung des indirecten Gegenbeweises betrifft, so sind sehr viele angesehene Prozeßlehrer[124]) der Ansicht, daß dieselbe erst dann nöthig sei, wenn der Hauptbeweis und, in Bezug auf den Beweis der Repliken, der Beweis einer Einrede vollständig erbracht ist, daß sie demnach nur successiv geschehen müsse, während Andere[125]) auch eine gleichzeitige Verhandlung beider Beweise und sonach überhaupt aller eventuellen Beweise verlangen. Für keine dieser Meinungen kann eine bestimmte Vorschrift des gemeinen Prozesses angeführt werden. Denn die Gesetze des fremden Rechtes können die

---

122) Man sehe Gönner, Handb. II. Abh. 41 u. 42. und zu Danz, Grundf. §. 251. Note *). Müllner, Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde, Leipzig 1812. S. 22, 192. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. VI. S. 359. Hagemann, pract. Erört. Bd. VI. Erört. 23. S. 139.

123) Man sehe z. B. noch Gensler im Archiv für civil. Prax. Bd. I. S. 348.

124) Z. B. Gönner, Handbuch II. Abh. 42. §. 4. Weber a. a. O. S. 305. v. Grolman, Theorie, §. 187. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. VI. S. 366 flg.

125) Martin, Lehrb. §. 184. Note d. Linde, Lehrb. §. 244. und im Archiv für civ. Pr. Bd. XII. S. 2 flg. u. Bd. XIV. S. 421 flg. Bayer, Vortr. S. 421.

erste Meinung deßhalb nicht begründen, weil demselben ein abgesondertes Beweisverfahren unbekannt war, und die teutschen Reichsgesetze aus gleichem Grunde auch der zweiten Meinung keine haltbare Stütze gewähren. Insbesondere kann das Eventualprincip nicht auf die gleichzeitige Beweisführung verschiedener Parteien ausgedehnt werden, theils weil die Reichsgesetze kein abgesondertes Beweisverfahren im heutigen Sinne kennen, mithin das Eventualprincip nicht auch für dieses bestimmt werden konnte, theils weil das Eventualprincip seinem richtigen Begriffe nach sich nur auf das eventuelle Handeln einer Partei bezieht und daher analog zwar auf die gleichzeitige Benutzung aller Beweismittel von Seiten des Beweisführers, nicht aber auch auf das gleichzeitige Beweisen verschiedener, von beiden Theilen vorgebrachter Behauptungen angewendet werden kann[126]). Man darf sich daher, bei dieser Unbestimmtheit des jetzt giltigen und anwendbaren positiven Rechtes, auch nicht wundern, daß sich beide Meinungen in der Theorie und Praxis sowie in der Particulargesetzgebung geltend gemacht haben, wie denn auch keine aus einer positiven Grundlage für irrig erklärt werden kann. Die Zweckmäßigkeit, auf welche man sich hierbei auch berufen hat, spricht unbedingt für keine dieser Meinungen, weil die Führung unnöthiger Beweise, die nach der ersten Meinung vermieden wird, einer Partei unter Umständen weit nachtheiliger werden kann, als der Gewinn ist, welchen die Abkürzung des Prozesses gewährt, die man durch die zweite Meinung erreicht; weil mithin die Zweckmäßigkeit nur nach den einzelnen Fällen beurtheilt werden kann. Indessen ist die erste Meinung auch nicht consequent durchführbar. Denn sollte mit dem indirecten Gegenbeweise wirklich so lange gewartet werden dürfen, bis der Hauptbeweis genügend erbracht ist, so müßte über diesen nicht nur vollständig auch durch die Disputirsätze verhandelt, sondern auch darüber, daß er genügend sei, rechtlich erkannt und somit die eingetretene Nothwendigkeit des indirecten Gegenbeweises ausgesprochen werden, weil der Hauptbeweis so lange nicht als rechtlich genügend erbracht betrachtet werden kann, als dieß nicht durch den Richter ausgesprochen wird. Dieß verlangen aber die Vertheidiger der ersten Meinung nicht, sondern machen im Grunde die Frage, ob der Hauptbeweis gelungen und sonach der indirecte Gegenbeweis nothwendig sei, von der Ansicht desjenigen abhängig, welchem der indirecte Gegenbeweis obliegt. Dem Begriffe des abgesonderten Beweisverfahrens, wornach dieses, wie durch ein Erkenntniß über alles möglicherweise zu Bewahrheitende eingeleitet, so auch durch ein Erkenntniß über das gesammte Resultat der Beweisführung beendigt werden soll, dürfte es am Entsprechendsten sein, wenn die Frist für den indirecten Gegenbeweis erst von da an zu laufen begönne, wo der

---

126) Mittermaier a. a. O. S. 368 flg. Heise und Cropp, juristische Abhandl. Bd. I. S. 280. Note 25. And. Mein. sind z. B. Linde im Archiv Bd. XII. S. 2. und Bd. XIV. S. 421 flg. und Lehrbuch §. 244. und Albrecht a. a. O. S. 58 flg.

hierzu pflichtigen Partei sämmtliche Beweismittel, womit der Hauptbeweisführer den Hauptbeweis angetreten hat, vollständig bekannt geworden sind, weil jene erst jetzt zu beurtheilen im Stande ist, ob sie den indirecten Beweis auch anzutreten nöthig habe, oder diesen ohne Gefahr gänzlich unterlassen könne. Dadurch würde ebenso unnöthigen Beweisführungen, als Prozeßverzögerungen wenigstens insoweit begegnet, als es nach der Natur der Verhältnisse überhaupt möglich ist. Nur müßte sich sodann der zum Gegenbeweise Berechtigte in der Antwort auf die Hauptbeweisantretung zugleich auch erklären, ob er den indirecten Gegenbeweis für unnöthig halte, oder ihn antreten wolle und, wo möglich, Letzteres zugleich thun. Hinsichtlich des eigentlichen oder directen Gegenbeweises, welcher im Interlocute in der Regel ausdrücklich vorbehalten zu werden pflegt, wiewohl dieß auch stillschweigend geschehen kann und auch gegen den indirecten Gegenbeweis stets stattfindet, beginnt die Beweisfrist regelmäßig von dem Tage der an den Producten erfolgten Mittheilung der Beweisantretungsschrift an[127]). Wenn der Richter für den (directen und indirecten) Gegenbeweis gar keine Frist bestimmen sollte, so wäre der indirecte noch nach dem Erkenntnisse über den Hauptbeweis[128]), der directe aber wenigstens bis zum Actenschlusse zulässig, insofern dieser nicht durch Zeugen geführt werden soll, welche blos bis zur Eröffnung des Zeugenrotuls im Hauptbeweisverfahren zugelassen werden[129]).

Brachte der Beklagte mehrere vollperemtorische Einreden oder der Kläger mehrere vollperemtorische Repliken gegen eine Einrede vor, so muß das Thema des indirecten Beweises (des Beweises der Einreden, beziehungsweise der Repliken) im Interlocute alternativ gefaßt und sonach dem Gegenbeweisführer überlassen werden, die eine oder die andere Einrede, Replik ꝛc. zu beweisen, da der Beweis eines einzigen Gegenangriffes schon hinreicht, den vorausgegangenen Angriff völlig zu perimiren. Dasselbe ist natürlich auch hinsichtlich der Dupliken und weiteren Gegenangriffe unter gleicher Voraussetzung der Fall.

6) Das Beweisinterlocut muß den Parteien gehörig bekannt gemacht werden und wird dadurch der Rechtskraft fähig, durch welche, wenn sie wirklich eingetreten, sowohl die Parteien, als die nach dem geführten Beweise in erster Instanz sowohl, als in der Rechtsmittelinstanz zu erkennen habenden Richter hinsichtlich der Beweislast des Beweissatzes und, nach der gewöhnlichen Meinung, auch hinsichtlich der Beweisfrist, insofern diese in das Interlocut aufgenommen wurde, dergestalt gebunden werden, daß das fernere Schicksal des Rechtsstreites nun als durch das Interlocut normirt erscheint und im Endurtheile für die Partei gesprochen werden muß, welche den ihr auferlegten Beweis rechtsgenügend erbracht hat, ohne daß dieser durch indirecten Ge-

---

127) Martin, Lehrb. §. 183. Note y. Puchta a. a. O. II. §. 211. S. 234.

128) C. 9. C. de except. (8. 36.)

129) Nov. 90. c. 4. §. 1. C. 26. X. de test. (2. 20.) Hefftter, Inst. S. 375. §. 81. Bayer, Vortr. S. 422.

genbeweis elidirt wurde. Denn der dritte Gegenbeweis kann hier nicht in Betracht kommen, weil, wo dieser gelingt, der Hauptbeweis gar nicht erbracht werden kann. Der über den geführten Beweis erkennende Richter hat, nach der gewöhnlichen Meinung, blos darauf zu sehen, ob der durch das rechtskräftige Beweisinterlocut auferlegte Beweis geführt worden sei oder nicht, ohne befugt zu sein, die Beschaffenheit der Beweisauflage selbst noch zu prüfen. Es treten jedoch Meinungsverschiedenheiten ein. Daß zunächst von einer Rechtskraft der Beweisfrist in Wahrheit nicht gesprochen werden könne, wurde oben (Nr. 4 im Eing.) bemerkt; und wenn auch die dort aufgestellte Behauptung für sich allein steht, so dürfte sie darum nicht weniger begründet sein, und ihre Richtigkeit außer dem dort angegebenen Grunde, auch noch aus dem Umstande folgen, daß die Beweisfrist da, wo nicht Landesgesetze sie ausdrücklich für unerstreckbar erklären (in welchem Falle der Grund der Unerstreckbarkeit nicht aus der Rechtskraft des Interlocutes, sondern aus dem Gesetze abzuleiten ist, weil sie auch dann unerstreckbar wäre, wenn sie der Richter nicht im Interlocute selbst, sondern in einem anderen, in Folge desselben erlassenen einfachen Decrete vorschreiben würde), stets auf gehörig begründetes Ansuchen verlängert werden kann, was, wenn sie in Rechtskraft übergegangen und sonach unabänderlich geworden wäre, durchaus nicht geschehen dürfte. Die rechtliche Folge der versäumten Beweisfrist ist nicht aus der Rechtskraft, sondern lediglich aus der peremtorischen Eigenschaft derselben zu erklären, diese Eigenschaft aber bekanntlich keine Folge der Rechtskraft, wie daraus erhellt, daß, wenn im Interlocute die Beweisfrist nicht ausdrücklich für eine peremtorische erklärt wird, sie auch — wenigstens gemeinrechtlich — der Rechtskraft des Interlocutes ungeachtet für keine peremtorische gehalten werden kann. Sodann ist unter den Rechtslehrern die Frage sehr bestritten, ob das Beweisinterlocut auch dann rechtskräftig werden könne, wenn die in das Beweisthema aufgenommenen Behauptungen offenbar irrelevant sind? Diese Frage wird nämlich von Einigen [130]) unbedingt bejaht, von Anderen [131]) dagegen unbedingt verneint. So viel geben jedoch auch die Vertheidiger der ersten Ansicht nach, daß Beweiserkenntnisse, welche unverständlich oder sich widersprechend sind, oder etwas moralisch oder physisch Unmögliches oder Lächerliches fodern, nicht rechtskräftig werden, weil hier die Grundsätze über Bedingungen analog zur Anwendung kommen, indem jedes Beweisin-

---

130) Z. B. Mevius II. dec. 301. Weber a. a. O. S. 29 flg. Gönner, I. Abh. 10. §. 20. (vergl. jedoch Bd. II. Abh. 49. §. 6. und Bd. III. Abh. 57. §. 21.) Hagemann, Bd. VI. Erört. 37 u. 101. vorz. Gensler im Archiv Bd. I. S. 362 flg. Mittermaier das. Bd. IX. S. 130. (vergl. jedoch Bd. I. S. 136.) und Beiträge II. S. 158 flg. und Bayer, Vortr. S. 298 flg.

131) Z. B. Puffendorf, II. obs. 109 u. 119. Strube, IV. Bed. 73. §. 2. Martin, Lehrb. §. 180. und dort Note k. Hefftter, Inst. S. 373. §. 80. Linde, Lehrb. §. 245. und dort Note 19.

terlocut in der Beweisauflage die Bedingung des obsieglichen Endurtheiles enthält[132]). Die erste Meinung stützt sich auf die allgemeinen Grundsätze über Rechtskraft, welchen zufolge man nicht leugnen könne, daß ein irrelevantes Beweisinterlocut ebensowohl, als eine unrichtige Definitivsentenz durch Unterlassung des Gebrauches von Rechtsmiteln dagegen unabänderlich werde, weil das Interlocut nicht ein einfaches, sondern ein Decisivdecret sei. Dieses enthalte überdieß in dem Thema die Bedingung des versprochenen Sieges, und ein solches Versprechen müsse gehalten werden. Auch liege darin, daß sich die Parteien bei einem solchen Beweiserkenntnisse beruhigen, ein stillschweigender Vertrag, und kein Richter sei befugt, ein publicirtes Erkenntniß einseitig zu verändern, dessen Rechtskraft die Stelle des Gesetzes für die Parteien und die Stelle der Wahrheit vertrete u. s. w. Allein die Grundsätze über Rechtskraft können hier nicht zur Entscheidungsnorm dienen, da es sich ja eben darum fragt, ob diese im vorliegenden Falle eintreten könne. Dieß aber muß geradezu in Abrede gestellt werden, denn ein Interlocut, welches einen irrelevanten Beweis auflegt, ist geradezu zweckwidrig, indem durch die Realisirung desselben dasjenige, was das Beweisverfahren wesentlich und allein bezweckt, Bewahrheitung der relevanten streitigen Thatsachen und somit Bewirkung der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit derselben, ohne welche die endliche Entscheidung des obschwebenden Rechtsstreites rechtlich unmöglich ist, gar nicht erreicht werden kann. Ueber das wahre Beweisthema des obschwebenden Rechtsstreites ist in einem solchen Interlocute gar nicht erkannt, und daher für diesen Rechtsstreit in Wahrheit gar kein Beweiserkenntniß vorhanden, welches in Rechtskraft übergehen könnte. Wie die Rechte und Pflichten der Parteien bei einer bestimmten Streitsache nur insoweit Gegenstand rechtskräftiger Entscheidungen in derselben sein können, als sie sich wirklich auf dieselbe beziehen, so können umgekehrt auch nur solche Erkenntnisse, welche, und nur insoweit, als sie jene Rechte und Pflichten wirklich betreffen, in Rechtskraft übergehen. Erkenntnisse, welche etwas für den fraglichen Rechtsstreit ganz Gleichgiltiges zum Gegenstande haben, berühren diesen selbst gar nicht, sind für diesen rechtlich gar nicht vorhanden. Was an sich mit einem Rechtsstreite gar keine Verbindung hat, kann diese dadurch nicht erlangen, daß der Richter gegen Recht, Pflicht und gesunden Menschenverstand erklärt, es sei diese Verbindung vorhanden. Kann man nicht in Abrede stellen, daß des Richters Ueberzeugung von der Wahrheit der streitigen relevanten Thatsachen zu den wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses (substantialibus processus) gehöre, weil ohne sie eine rechtliche Entscheidung des Streites gar nicht möglich, also der Endzweck des ganzen Prozeß-

---

132) Gensler a. a. O. S. 373 flg. und dort gesetzliche Beispiele solcher Beweissätze (s. auch bei Linde, Lehrbuch §. 245. Note 15.) Bayer, S. 300.

verfahrens unerreichbar ist, so muß man auch zugeben, daß ein völlig irrelevantes Beweisinterlocut unheilbar nichtig und daher selbst ein hierauf gebautes Endurtheil durch die Nullitätsquerel anfechtbar sei. Das Beruhigen der Parteien bei einem nichtigen Urtheile ist keine Vertragung, und wäre sie eine solche, so könnte sie doch das unheilbar nichtige Urtheil nicht rechtskräftig machen. Dieses Beruhigen ist blos ein Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel, somit ein von den Parteien ausgehendes Gestatten, daß das fragliche Interlocut formell — durch den Ablauf der Nothfrist — in Rechtskraft übergehen könne; nicht aber auch ein Verzicht auf die außerordentlichen Rechtsmittel, für deren Gebrauch ja eine längere Zeitfrist gegeben ist, nach deren Ablauf erst auch Verzicht auf diese Rechtsmittel angenommen werden kann. Deßhalb darf der Verzicht der Parteien auf die ordentlichen Rechtsmittel — sonach die formelle Rechtskraft — den über den geführten Beweis erkennenden Richter nicht abhalten, das Beweisinterlocut auch in Ansehung der Rechtsbeständigkeit desselben von Amtswegen zu prüfen und es, wenn es wegen offenbarer Irrelevanz der Beweisauflage an unheilbarer Nichtigkeit leidet, wieder aufzuheben, da er einerseits eine sachgemäße rechtliche Entscheidung außerdem deßhalb nicht fällen kann, weil die erheblichen streitigen Thatsachen noch unerwiesen, mithin noch ungewiß sind, andererseits aber eine solche offenbar unheilbare Nichtigkeit aus dem Grunde von Amtswegen beachtet werden muß, weil sonst auch das auf ein so nichtiges Interlocut zu bauende Erkenntniß wieder dieselbe Nichtigkeit an sich trüge, deßhalb, anstatt den Sieger bei seinem Rechte sicher zu schützen, wegen Nullität anfechtbar bliebe und so, anstatt einer endlichen Schlichtung des Streites, Stoff zu einem neuen Prozeß gewähren würde. Eine bei der Beweisauflage begangene Pflichtverletzung oder an den Tag gelegte grobe Unwissenheit kann wahrlich den erkennenden Richter nicht verpflichten oder berechtigen, eine solche Pflichtverletzung oder Unwissenheit wegen scheinbar eingetretener formeller Rechtskraft auch seinerseits anzuerkennen und auch sich selbst dadurch zu Schulden kommen zu lassen, daß er auf der nichtigen Grundlage nichtig fortbaut. Dem unheilbar Nichtigen muß der Richter stets von Amtswegen abhelfen, weil es die Fortsetzung eines rechtsbeständigen Prozesses unmöglich macht [133]). — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß da, wo die quantitative Bestimmung einer Foderung, deren Zuerkennung durch die Erbringung des Beweises bedingt ist, vom richterlichen Ermessen abhängt, dieses durch das rechtskräftige Beweisinterlocut und den in Folge desselben vollständig geführten Beweis nicht ausgeschlossen werde [134]).

---

133) Vergl. Hefftter a. a. O. — Ueber theilweise irrelevante Beweisinterlocute s. Linde, Lehrbuch §. 245. Note 19.

134) Reinhardt, Handb. I. §. 155. Mittermaier im Archiv für civ. Pr. Bd. VII. S. 98. Nr. 3.

7) In das Beweisinterlocut wird das Endurtheil dann mit aufgenommen, wenn der Richter den Beweis nachläßt oder vorbehält (s. oben Nr. III.), was er in der Regel vermeiden soll[135]). Als äußeres Kennzeichen des Beweisinterlocutes ist der Schluß zu betrachten: worauf (sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen) weiter ergeht (ergehen wird), was Recht (Rechtens) ist. Wird der Kostenpunct im Interlocute nicht erwähnt, was in der Regel geschieht, wenn nicht das Endurtheil selbst eventuell angefügt wird, so ist das Erkenntniß über denselben als bis zum Endurtheile aufgeschoben zu betrachten, da erst nach vollständiger Verhandlung der Sache über die Kosten erkannt werden kann[136]).

C) Abschnitte des Beweisverfahrens.

a) Beweisantretung[137]).

Das Beweisverfahren, d. i. der Inbegriff der gerichtlichen Verhandlungen, welche die Bewahrheitung streitiger Thatsachen bezwecken, wird im Allgemeinen gewöhnlich[138]) in drei Hauptabschnitte, in die Beweisantretung, das Productionsverfahren und das Haupt- (Schluß-) Verfahren abgetheilt. Bei der Darstellung dieser Abschnitte kann hier nur auf das Rücksicht genommen werden, was bei allen Beweismitteln in gleicher Weise zu beobachten ist, indem die besonderen Abweichungen, welche die eigenthümliche Beschaffenheit der einzelnen Beweismittel in formeller und materieller Hinsicht herbeiführt, unter den für diese bestimmten Artikeln zu erörtern sind.

Die Beweisantretung, mit welcher das Beweisverfahren beginnt, besteht in derjenigen Handlung der beweispflichtigen Partei, durch welche sie dem Richter des anhängigen Prozesses oder dem (beauftragten oder requirirten) Stellvertreter desselben erklärt, den ihr obliegenden Beweis wirklich führen zu wollen, und zugleich die Beweismittel sowie die Art ihres Gebrauches bestimmt und vollständig angibt.

1) Die Beweisantretung muß innerhalb der Beweisfrist geschehen. Ist diese dilatorisch, so kann der Beweispflichtige sie ohne einen auf die Sache selbst bezüglichen Nachtheil verstreichen lassen und warten, bis ihm, auf Verlangen des Gegners, eine peremtorische Frist

---

135) Martin, Lehrbuch §. 172. und dort Note i.

136) Strube Bd. I. Bed. 10. Danz, Grundsf. §. 509. Nr. IV.

137) Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 37. §. 27. Danz, Grundsf. §. 291b flg. Grolman, Theorie §. 189. Martin, Lehrbuch §. 185. Linde, Lehrburch §. 249. Heffter, Inst. S. 356 flg. §. 55. Bayer, Vorträge S. 416 flg. Reinhardt, Handbuch Bd. I. §. 189 flg. Puchta a. a. O. §. 211 flg.

138) Manche (z. B. Danz, Grundsf. §. 291a. und Linde, Lehrbuch §. 249.) nehmen vier Abschnitte an. In Ansehung des Umfanges der einzelnen Abschnitte abweichend ist Grolman, Theorie §. 188. Die einzelnen Abschnitte brauchen übrigens nicht auch in den Acten als solche getrennt zu werden.

gesetzt wird; nur hat er die durch die Ungehorsamsklage verursachten Kosten zu erstatten (s. oben B Nr. 4.). Die peremtorische Beweisfrist darf er dagegen nicht versäumen, indem hier als Folge des Ungehorsams außer dem Kostenersatze auch noch Präclusion, d. i. Verlust des Rechtes auf die Beweisführung und somit die Annahme, daß die zu beweisenden Thatsachen unwahr seien, eintritt. Jedoch kann er auch nach Ablauf der peremtorischen Frist den Beweis so lange noch giltig antreten, bis der Ungehorsam angeklagt wird[139]). Gegen die Präclusion findet nur noch die Restitution statt[140]).

2) Dem Beweisführer steht die Wahl der Beweismittel ganz frei; er muß jedoch diejenigen, welche er im vorliegenden Falle wirklich gebrauchen will, ausdrücklich namhaft machen, indem er mit allen anderen nach Ablauf der peremtorischen Beweisfrist präcludirt wird, selbst wenn er sich während des Laufes derselben vorbehalten haben sollte, noch andere Beweismittel nachbringen zu dürfen[141]). Ja nicht einmal die bloße Namhaftmachung derselben reicht hin, wenn er nicht zugleich die Art des Gebrauches der namhaft gemachten bestimmt und deutlich angibt. Wie viele Beweismittel er gebrauchen will, das hängt von seinem eigenen Ermessen ab. Nur soll eine übermäßige Zahl von Zeugen nicht zugelassen werden[142]). Außerdem kann er über denselben Satz mehrere Beweismittel von gleicher oder verschiedener Art cumulativ gebrauchen; nur den Haupteid darf er über dieselbe Thatsache nicht gleichzeitig, sondern nur eventuell mit anderen Beweismitteln benutzen[143]).

3) In materieller Hinsicht hat der Beweisführer darauf zu sehen, daß die Beweisantretung relevant sei und erschöpfend geschehe. Ist daher der Beweissatz im Interlocute nur allgemein gefaßt, so muß er selbst diejenigen Thatsachen, worauf er das fragliche Recht im ersten Verfahren gestützt hat, und welche relevant und noch des Beweises bedürftig sind, in einen einzigen Satz zusammenfassen, oder, nach Beschaffenheit der Thatsachen und der zu ihrer Beweisung zu Gebote stehenden Mittel, in mehreren einzelnen Sätzen darstellen. Das speciell vorgeschriebene Beweisthema wird er dagegen da, wo es wegen der Art der beabsichtigten Beweisführung nöthig erscheint, in die einzelnen, darin enthaltenen Thatsachen zergliedern, welche in ihrer Gesammheit das Thema erschöpfen müssen. Auf andere Thatsachen, als welche zu diesem gehören, braucht er die Beweisantretung

---

139) Vergl. oben Note 114 und Hefftter, Inst. S. 357.

140) Man s. Linde, Lehrbuch §. 245. und dort Note 7 die Literatur.

141) Martin, Lehrb. §. 183. Note q. Linde, Lehrb. §. 245. Heise und Cropp a. a. O. S. 276 flg.

142) Cap. 37. X. de testib. (2. 20.)

143) Gönner, Handb. II. Abh. 50. §. 4 flg. Martin, Lehrbuch §. 186. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. I. S. 155. Linde, das. Bd. VI. S. 193 flg. und im Lehrbuch §. 248. Reinhardt, Handb. Bd. II. §. 248. And. Mein. ist z. B. Danz, Grundsätze §. 238. sammt den dort Note c. Angef.

nicht zu richten; jedoch kann es nützlich sein[144]), auch diejenigen Thatsachen, die zwar im ersten Verfahren vorgebracht, aber in den Beweissatz nicht aufgenommen worden sind, dann zu berücksichtigen, wenn dieselben relevant sind und das Beweisthema vervollständigen. Der Richter hat jedoch keine Pflicht, eine solche Erweiterung des Gegenstandes der Beweisführung zu gestatten. Beabsichtigt der Beweisführer eine künstliche (indirecte) Bewahrheitung des ganzen Beweissatzes oder einzelner Theile desselben, so muß er die Thatsachen, welche der Schlußfolgerung zu Prämissen dienen sollen, einzeln aufführen mit der Angabe der zu ihrer Erweisung gewählten Mittel, und zugleich die Schlüssigkeit jener Thatsachen, d. h. den Zusammenhang derselben mit dem als wahr daraus zu folgernden Beweissatze, da nachweisen, wo dieselbe nicht schon unbezweifelt vorliegt. Dabei kann er auch die natürliche Beweisführung mit der künstlichen in Ansehung desselben Factums verbinden und sowohl bei jener, als dieser sich der Eidesdelation allein oder eventuell mit anderen Beweismitteln bedienen.

4) Bei einem jeden zum Zwecke der Beweisung aufgestellten Satze muß der Beweisführer das oder die Beweismittel, womit derselbe bewahrheitet werden soll, genau bezeichnen und die Art ihres Gebrauches angeben, so daß dem Richter hierüber kein Zweifel übrig bleibt und er im Stande sei, die Erheblichkeit der einzelnen Beweissätze, in welche das Beweisthema selbst, oder die Prämissen des künstlichen Beweises zergliedert worden sind, sowie der für jeden derselben denominirten Beweismittel und der vorgeschlagenen Benutzungsart der letzteren, gehörig zu beurtheilen. Will der Beweisführer die in einem anticipirten Beweise schon benutzten Mittel wieder gebrauchen, oder sich eines zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen Beweises bedienen, so muß er dieß ebenfalls ausdrücklich erklären.

5) Der angetretene Beweis kann vor Ablauf der peremtorischen Beweisfrist, oder, wenn keine solche vorgeschrieben war, bis zum Actenschlusse beliebig verändert werden[145]). Der Beweisführer kann daher neue Beweismittel oder eine andere Benutzungsart der alten vorschlagen, sowie auf den Gebrauch der bereits denominirten verzichten; Letzteres jedoch nur, so lange die Beweismittel nicht durch deren Realproduction gemeinschaftlich geworden sind, in welchem Falle der Verzicht wenigstens den Gegner nicht verhindert, die Beweismittel für sich zu benutzen. Nach Ablauf der peremtorischen Beweisfrist sind zwar Verbesserungen des angetretenen Beweises in außerwesentlichen Puncten[146]), aber keine wesentlichen Veränderungen mehr statthaft. Auf die Wirksamkeit des Verzichtes hat dagegen der Ablauf der Beweisfrist gar keinen Einfluß[147]), da dieselbe nicht von der

---

144) Linde, Lehrbuch §. 245. und dort Note 25.

145) Leyser, sp. 258. med. 3. Linde, Lehrb. §. 245. Puchta a. a. O. §. 212.

146) Martin, Lehrbuch §. 183. Note v.

147) Linde, Lehrbuch §. 245. vergl. mit §. 251 a. E. und Martin a. a. O. Note t. u. u.

Beweisfrist, sondern von dem Eintritte der Gemeinschaft der Beweismittel abhängt, nach welchem der Verzicht dem Gegner den Gebrauch der Beweismittel nicht mehr entziehen kann. Nur neu aufgefundene Beweismittel sind unter den gewöhnlichen Bedingungen, sowie diejenigen auch jetzt noch zulässig, welche der Beweisführer an die Stelle derjenigen vorschlägt, die er zwar zeitig denominirt hat, aber ohne sein Verschulden aus was immer für einem Grunde nicht benutzen kann [148]). Daß auch eine erlangte Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist den Beweisführer berechtigen könne, den angetretenen Beweis zu verändern, versteht sich von selbst (s. Nr. 1 a. E.).

6) Was die Form [149]) der Beweisantretung betrifft, so kann diese sowohl mündlich zu Protocoll, als schriftlich durch Einreichung eines Beweisantretungslibelles geschehen. Ersteres ist nur im summarischen Prozesse üblich, in welchem zur Beweisantretung und zum weiteren Verfahren über diese ein peremtorischer Termin anberaumt und der ungehorsame Beweispflichtige auf Antrag des erschienenen Gegners mit der Beweisführung präcludirt wird. Im ordentlichen Prozesse hat dagegen der Beweisführer eine schriftliche Beweisantretung einzureichen und in diesem Libell zunächst die Beobachtung der Beweisfrist nachzuweisen, sodann die einzelnen Beweissätze, über welche da, wo es die gewählten Beweismittel nöthig machen, besondere Artikel (Beweisartikel) [150]) in einer eigenen Anlage zu fertigen und die Beweismittel namhaft zu machen sind, durch welche diese Artikel bewahrheitet werden sollen (Directorium), bestimmt und deutlich darzustellen und die Beweismittel für jeden derselben genau zu bezeichnen. Das Gesuch ist auf das zu richten, was das Gericht nunmehr zur Aufnahme des Beweises, oder dieser vorgängig, z. B. wegen Urkundenedition, verfügen soll; daher nach der Beschaffenheit der Beweismittel verschieden und, wenn mehrere vorgeschlagen worden, oft zusammgesetzt. Ein Prozeßgesuch (um Mittheilung der Beweisantretungsschrift an den Producten) ist zwar üblich, aber nicht nothwendig, da die Prozeßleitung dem Richter von Amtswegen obliegt und er mithin das nach dem regelmäßigen Prozeßgange Erfoderliche auch ohne ein besonderes Gesuch verfügen muß [151]). Prozeßgesuche sind überhaupt nur da nöthig, wo man ein ausnahmsweises Verfahren eingeleitet haben will.

7) Die Beweisantretung ist in diesem Abschnitte des Verfahrens als der Angriff zu betrachten, durch welchen die Bedingung erfüllt werden soll, unter der im Interlocute der Sieg versprochen wurde. Der Beweisführer, als der angreifende Theil, heißt Producent, weil

---

148) Martin, Lehrb. §. 183. Linde, Lehrbuch §. 245. Spangenberg im Archiv für civil. Praxis, Bd. VII. S. 219 flg. Gemeinrechtlich läßt sich dieß wohl nicht rechtfertigen, siehe Bayer, Vortr. S. 419 flg. und am wenigsten durch L. 10. in f. D. de edendo (2. 13.) worauf sich Linde a. a. O. Note 9 bezieht. Die Billigkeit spricht aber dafür.

149) Vergl. Puchta a. a. O. §. 214.

150) Siehe Art. Zeugen und Zeugenbeweis.

151) Vergl. Martin, Lehrbuch §. 185. Nr. I. a. E.

er dem Gerichte die Beweismittel, die er gebrauchen will, vorzulegen (zu produciren) hat[152]); sein Gegner Product und, insofern er als Gegenbeweisführer das Gelingen des Angriffes durch directen Gegenbeweis zu verhindern oder den gelungenen Beweis durch indirecten Gegenbeweis wirkungslos zu machen strebt, Reproducent, und der Producent diesem Gegenangriffe gegenüber Reproduct[153]). Die Antretung des Gegenbeweises ist übrigens blos bei dem directen insofern abweichend, als für diesen kein bestimmter Beweissatz vorgezeignet, sondern der Gegenstand desselben erst aus dem angetretenen Hauptbeweise zu entnehmen ist.

8) Der Richter hat die eingereichte Beweisantretungsschrift sowohl in formeller als materieller Hinsicht sorgfältig zu prüfen[154]). Die Prüfung der Formalien bezieht sich vornehmlich auf die Beobachtung der Beweisfrist. Ist diese versäumt und kein Restitutionsgesuch mit der Beweisantretung verbunden, so wird der Producent, wenn die Frist nach den Landesgesetzen ein Fatale war, sofort ipso iure, bei peremtorischer Frist aber nur dann mit dem Beweise präcludirt, wenn der Ungehorsam schon vor der Einreichung der Beweisantretungsschrift angeklagt worden ist. Hat aber der Producent in dieser um Restitution gebeten, so wird dieselbe bei unzweifelhaften Restitutionsursachen in dem nach der materiellen Beschaffenheit der Beweisantretung zu erlassenden Decrete brevi manu ertheilt. Sind dagegen die Restitutionsgründe noch Bedenken unterworfen, so wird das Restitutionsgesuch dem Producten mit der Beweisantretung zur Erklärung binnen einer kurzen Präclusivfrist mitgetheilt, dem Producenten aber zugleich aufgegeben, die etwaigen formellen oder materiellen Mängel in der Beweisantretung binnen gleicher Präclusivfrist noch zu verbessern. Ist der Product ungehorsam, so wird die Restitution, wenn der Producent nicht etwa in gleicher Weise hinsichtlich der aufgegebenen Verbesserung ungehorsam war — in welchem Falle er mit dem Beweise präcludirt wird — brevi manu ertheilt; in dem Falle aber, wenn der Product die Restitution als unbegründet darzustellen gesucht hat, zuvörderst über die Restitution erkannt und mit diesem Erkenntnisse, je nachdem es dieselbe abschlägt oder gewährt, die Präclusion des Beweises oder die erfoderliche Verfügung über die Beweisantretung an den Producten verbunden. Die Prüfung der Materialien, welche eintritt, wenn in formeller Hinsicht nichts zu erinnern oder das etwa Mangelhafte voraussichtlich leicht zu beseitigen ist, beschränkt sich blos auf die Zulässigkeit der vorgeschlagenen Beweismittel, sowohl an

---

152) Nicht alle Beweismittel, sondern blos die Zeugen und Urkunden, werden wirklich producirt; bei den übrigen gilt die Benennung in der Antretungsschrift schon als Production. Allein a potiori fit denominatio.

153) Bei dem indirecten Gegenbeweise ist die Benennung: Reproducent und Reproduct nur uneigentlich, wie es der Gegenbeweis selbst ist, da bei diesem wieder ein directer Gegenbeweis statthaft ist.

154) Man vergl. Danz, Grundsätze §. 291 d. Puchta a. a. O. §. 217 flg.

sich, als in ihrer Verbindung über denselben Beweissatz und der aufgestellten einzelnen Beweisartikel. Die unzulässigen Beweismittel und Artikel werden in dem erfolgenden Bescheide sofort verworfen, bei unstatthafter Cumulation von Beweismitteln aber dem Producenten in demselben aufgegeben, sich binnen kurzer peremtorischer Frist zu erklären, welches von den verbundenen Mitteln er beibehalten, oder wie er sonst das Unstatthafte vermeiden wolle.

In jedem, die Beweisantretung nicht gänzlich zurückweisenden Decrete wird, wenn nicht das Restitutionsgesuch ein Zwischenverfahren nöthig machte, dem Producten unter Mittheilung der Beweisantretungsschrift zugleich aufgegeben, sich über die Beweisantretung binnen einer zu bestimmenden peremtorischen Frist zu erklären. Diese Auflage eröffnet das Productionsverfahren.

b) Das Productionsverfahren[155]).

1) Das Productionsverfahren wird nach der gangbarsten Thorie im weiteren und engeren Sinne genommen, und umfaßt in jenem die gerichtlichen Verhandlungen über die Zulässigkeit des angetretenen Beweises, in diesem aber die wirkliche Benutzung der zulässigen Beweismittel, d. i. die Beweisaufnahme und die Eröffnung des Resultates dieser Benutzung. Richtiger würde man vielleicht das Verfahren über die Zulässigkeit des angetretenen Beweises zum ersten, die Eröffnung des gedachten Resultates aber zum dritten Abschnitte rechnen und das Productionsverfahren auf die Beweisaufnahme beschränken, indem hiernach der erste Abschnitt das Verfahren über die Zulässigkeit des Beweises und der gewählten Mittel, der zweite das Verfahren über die Benutzung der zulässigen und der dritte das Verfahren über das Resultat der benutzten Beweismittel zum Gegenstande hätte. Die Eröffnung des Resultates der benutzten Beweismittel kommt nur da vor, wo über dasselbe noch Schriften gewechselt werden, und geschieht eben zu dem Ende, um diesen Schriftenwechsel zu veranlassen und möglich zu machen.

2) Der zur Erklärung über den angetretenen Beweis durch das erwähnte richterliche Decret aufgefoderte Product[156]) hat nun die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Beweisantretung sowohl als der denominirten Beweismittel, sowie des vom Richter eingeleiteten Verfahrens zu prüfen, die Erinnerungen dagegen als Beweiseinreden vorzutragen und nach der Beschaffenheit derselben entweder ein vorläufiges Verfahren und Erkenntniß hierüber zu verlangen, oder sich die nähere Ausführung dieser Einreden bis zum Hauptverfahren vorzubehalten. Letzteres wird er thun oder doch vom Richter verfügt werden, wenn die Einreden blos die Zweckmäßigkeit oder die Beweiskraft der in Vorschlag gebrachten Be-

---

155) Danz, Grundf. §. 291 e. Martin, Lehrbuch §. 185. Nr. II. Linde, Lehrbuch §. 250 flg. Bayer, Vorträge S. 422. Puchta a. a. O. §. 218.

156) Man f. Martin, Lehrbuch §. 188.

weismittel betreffen, weil sie in diesem Falle die Benutzung der Mittel selbst dann nicht hindern, wenn sie wirklich begründet sein sollten. Ersteres muß dagegen stets eintreten, wenn die Einreden die Zulässigkeit entweder der Beweisantretung selbst, oder einzelner Beweismittel, oder des eingeleiten richterlichen Verfahrens bestreiten, weil sie in diesem Falle, wenn sie begründet sind, das Fortschreiten des Beweisverfahrens, oder doch die wirkliche Benutzung aller Beweismittel hemmen und darum einen Präjudicialpunct bilden, über welchen daher vor Allem erkannt werden muß. Gewöhnlich läßt man jedoch ein solches Incidentverfahren nur zu, wenn die vorgebrachten Einreden erheblich und liquid sind, indem der Richter die erheblichen illiquiden Einreden auch hier dem Producten blos zur näheren Ausführung im Hauptverfahren vorbehalten und blos über die liquiden, nach Vernehmung des Producenten, erkennen soll (Productionserkenntniß)[157]). Allein einmal findet ein Hauptverfahren nicht bei allen Beweismitteln statt, und sodann können die Einreden solche Umstände betreffen, welche die Benutzung des Beweismittels ganz oder in der vorgeschriebenen Art gesetzlich unstatthaft machen, z. B. begangener Meineid eines vorgeschlagenen Zeugen. Die gewöhnliche Theorie läßt sich wenigstens nicht unbedingt rechtfertigen. Nach unserem Dafürhalten wird der Product mit solchen Einreden, wenn sie noch illiquid sind, sogleich die Beweisantretung (Antretung des directen Gegenbeweises) verbinden. Das Nähere läßt sich indessen erst bei den einzelnen Beweismitteln darstellen. Die unerheblichen Einreden werden natürlich sogleich verworfen. Gegen das Productionserkenntniß kann sowohl der Producent, wenn dasselbe ein Beweismittel für unzulässig erklärt, als der Product appelliren, wenn es eine Einrede verwirft[158]).

Mit den Einwendungen gegen den Hauptbeweis kann der Product auch die Antretung des ihm obliegenden indirecten Gegenbeweises verbinden, wenn nicht der Lauf der Beweisfrist eine frühere Antretung nöthig gemacht hat, welche sodann eine gleiche Prüfung und Auflage an den Producenten, wie bei dem Hauptbeweise, herbeiführt. Der directe Gegenbeweis kann dagegen seiner Natur nach niemals früher angetreten werden.

3) Zum Zwecke der Beweisaufnahme (Productionsverfahren im engeren Sinne) wird, nach Beendigung des Incidentverfahrens über die Zulässigkeit des Beweises und der Beweismittel, vom Richter alles dasjenige verfügt, was die eigenthümliche Beschaffenheit der zulässigen Beweismittel erfodert. Der Beweisführer muß jetzt die Beweismittel, welche er in der Beweisantretung blos genannt oder, wie bei Urkunden, derselben abschriftlich angefügt hat, wirklich dem Gerichte in Person, wie bei Zeugen, vorführen, beziehungsweise im Original vorlegen (Realproduction), zu welchem Zwecke ein peremtorischer Termin (Productionstermin) anberaumt wird. Die wirk-

---

157) Man s. die Note 155 angef. Schriftsteller.
158) Cap. 7. X. de testib. (2. 21.) Martin a. a. O. Note b.

lich producirten Zeugen und Urkunden werden durch die Production gemeinschaftlich, so daß sie auch der Product zum Gegenbeweise benutzen und an dieser Benutzung durch den Verzicht des Producenten auf diese Mittel nicht verhindert werden kann[159]). Das Nähere wird zweckmäßiger bei den einzelnen Beweismitteln dargestellt.

4) Ist die Beweisaufnahme vollendet, so werden diejenigen Verhandlungen, welche den Parteien noch unbekannt sind, denselben eröffnet[160]) und auf Verlangen auch abschriftlich mitgetheilt, zugleich aber auch eine peremtorische Frist zum Beginnen des Hauptverfahrens bestimmt.

c) Haupt- oder Schlußverfahren[161]).

1) Das Hauptverfahren besteht in den Verhandlungen der Parteien über das Resultat des geführten Beweises. Die rechtliche Würdigung des Resultates der Beweisführung liegt zwar dem Richter ob, und es scheint daher eine weitere Verhandlung der Parteien hierüber ganz überflüssig zu sein. Allein einerseits gehört es zur Vollständigkeit der Rechtsverfolgung und Vertheidigung, die Parteien über dieses Resultat zu hören und ihnen zu gestatten, dem richterlichen Urtheile vorzuarbeiten, andererseits wird dieses Schlußverfahren sogar zur Nothwendigkeit in dem Falle, wo dem Producten die Ausführung der gegen den angetretenen Beweis vorgebrachten Einreden ausdrücklich vorbehalten wurde. Ueberdieß kann z. B. in den Aussagen der Zeugen Manches vorkommen, was einer näheren Erläuterung selbst für den Richter bedarf.

2) Die Gesetze[162]) sprechen von einer solchen Schlußverhandlung zwar nur bei dem Zeugenbeweise, bei welchem sich die Nothwendigkeit derselben am Meisten aufdringt, der Gerichtsgebrauch und die Doctrin lassen aber das Hauptverfahren auch bei anderen mehr complicirten Beweisführungen zu. Nur bei dem deferirten Eide kann dieses Verfahren nicht eintreten, weil der Haupteid keine eigentliche Beweisung, d. h. ein Darbringen von Gründen für die Gewißheit einer Behauptung, sondern vielmehr eine Art von Vertragung (Vergleich) ist[163]) und daher, einmal abgeleistet, jede weitere Einwendung gegen sein juristisches Resultat ausschließt. Hieraus folgt von selbst, daß das Schlußverfahren nur da ausgeschlossen ist, wo nur durch Ei-

---

159) Testes et documenta per productionem fiunt communia. Gönner, Handb. II. Abh. 39. §. 8. Spangenberg im Archiv für civil. Pr. Bd. V. S. 418. Blos auf Urkunden beschränkt diese Gemeinschaft Reinhardt, Handb. I. §. 191. M. s. aber Linde, Lehrbuch §. 241. Note 4.

160) J. R. A. §. 54.

161) Martin, Lehrb. §. 185. Nr. III. §. 187. Lit. C. u. §. 188 a. E. Linde, Lehrbuch §. 252. Bayer, Vortr. S. 423 flg. Puchta a. a. O. §. 224.

162) Nov. 90. Cap. 7. Cap. 15. u. 31. X. de test. (2. 20.) C. G. O. v. 1555. Th. III. Tit. 18 flg. R. A. v. 1570. §. 97. D. A. v. 1600. §. 135. J. R. A. §. 56 u. 57.

163) L. 2. D. de iureiur. (12. 2.)

desdelation Beweis geführt und der Eid auch wirklich vom Delaten oder Deferenten geleistet wurde. Wenn dagegen der Eid blos über einzelne Sätze deferirt, oder gar nicht geleistet, sondern das Gewissen mit Beweis vertreten wurde, so ist das Schlußverfahren, in Bezug sowohl auf die durch andere Beweismittel bewahrheiteten Sätze, als auf das Resultat der Gewissensvertretung, nicht ausgeschlossen.

3) Das Verfahren selbst besteht in der Einreichung von sogenannten Disputirsätzen (disputationes), deren in der Regel nur zwei statthaft sind. Der Product hat nämlich zuerst [164]) eine sogenannte Beweisanfechtungs- (Impugnations- oder Gegendeductions-) Schrift einzureichen, in welcher er zunächst die vorbehaltenen und sonstigen Einreden gegen die Beweismittel näher zu begründen und sodann zu zeigen sucht, daß der Beweis gänzlich mißlungen oder wenigstens so unvollständig sei, daß höchstens auf den Reinigungseid erkannt werden könne. Hat der Product einen Gegenbeweis geführt, so verbindet er mit der Impugnationsschrift zugleich eine auf denselben bezügliche Salvation (Deduction oder Rechtfertigung), indem er auszuführen bemüht ist, daß ihm der Gegenbeweis vollständig oder doch so gelungen sei, daß er zum Erfüllungseide gelassen werden müsse. Bei dem indirecten Gegenbeweise wird er namentlich nachzuweisen suchen, daß, wenn selbst der Hauptbeweis als erbracht angenommen werden könnte, er doch durch den vollständig geführten Beweis der vollperemtorischen Einrede wirkungslos geworden sei. Hierauf folgt die Beweisausführungs- (Salvations- oder Deductions-) Schrift des Producenten, worin dieser die Einreden des Producten gegen die Beweismittel, sowie die Ausführung gegen das Resultat der Beweisführung zu widerlegen und dagegen den Beweis als vollständig, wenigstens als so weit erbracht darzustellen strebt, daß er zum Erfüllungseide zuzulassen sei. Der Reprobationssalvation des Producten begegnet er in der anzufügenden Reprobationsimpugnation auf dieselbe Weise, wie der Product in der Anfechtung des Hauptbeweises gegen diesen verfuhr. In beiden Disputirschriften wird zugleich zum Urtheile submittirt, welches nunmehr auch erfolgt.

VII. Außerordentlicher Beweis.

A) Anticipirter Beweis[165]).

1) Der anticipirte Beweis (probatio anticipata) besteht darin, daß eine Partei den Beweis antritt, bevor sie

---

164) J. R. A. §. 56. Nach Landesgesetzen geht oft die Salvationsschrift der Impugnationsschrift voran, oder es müssen beide Vorträge zugleich eingereicht werden. Man s. Martin, Lehrb. §. 188. Note d.

165) Wiggers, de prob. anticip. Rost. 1811. Gönner, Handb. II. Abh. 40. Martin, Lehrb. §. 315. Mittermaier in dem gem. teutschen Proz. Beitr. II. S. 162 flg. und im Arch. für civ. Pr. Bd. I. S. 120 flg. u. 181 flg. Linde, das. Bd. XII. S. 3. in den Abhandl. Bd. II. Nr. VII. S. 64 flg. und im Lehrb. §. 194, 210 u. 246. Hefftter, Inst. S. 375. §. 82. Reinhardt, Handb. Bd. I. §. 199 flg. Bayer, Vortr. S. 327 flg. Sartorius in v. Zu Rhein's Jahrb. Bd. I. S. 67 flg.

durch ein richterliches Erkenntniß dazu verbindlich gemacht wurde. Er ist sonach eine freiwillige Beweisantretung, da sie ohne richterliche Auflage geschieht, und fällt stets in den ersten Prozeßabschnitt, da nach dessem Schlusse stets die Beweisauflage, wenn sie überhaupt nothwendig ist, erfolgt, mithin eine freiwillige Beweisantretung nicht mehr stattfinden kann. Der anticipirte Beweis ist demnach die mit dem ersten Verfahren verbundene Beweisführung und hat offenbar den Zweck, das besondere Beweisverfahren abzuschneiden und dadurch den Gang des Prozesses zu verkürzen. Er heißt anticipirt nicht so sehr deßhalb, weil er der richterlichen Beweisauflage vorgreift, sondern vorzüglich darum, weil er das Beweisverfahren in eine Zeit versetzt, in welcher es der Regel nach nicht vorkommt, und so die Beweisperiode selbst anticipirt. Da hiernach der Begriff der Anticipation des Beweises den Bestand einer besonderen, durch richterliches Erkenntniß zu veranlassenden Beweisperiode, als eines regelmäßigen Abschnittes in jedem ordentlichen Prozesse, voraussetzt, ein so gesondertes Beweisverfahren aber der positiven Gesetzgebung des gemeinen Prozesses fremd ist (s. oben Nr. VI.), so leuchtet es von selbst ein, daß man in dieser keine auf die Beweisanticipation bezügliche Bestimmungen finden könne. Die Beweisung, welche man jetzt die anticipirte nennt, ist vielmehr nach der römischen, canonischen und Reichsgesetzgebung die regelmäßige und einzige Art der Beweisführung. Die Reichsgesetzgebung [166]) insbesondere zweifelte blos daran, ob man den Kläger, zur Abkürzung des Prozeßverfahrens, nicht verbindlich machen solle, die Beweisantretung mit dem Klaglibelle zu verbinden, also die Beweisführung schon vor der Litiscontestation, mithin zu einer Zeit zu beginnen, wo es noch ungewiß ist, ob überhaupt ein Beweis nöthig sei. Sie stand aber hiervon ab und verordnete blos, daß eine solche Verbindung dem Kläger gestattet werden solle [167]). Gleichwohl wendet man diese Verordnung noch jetzt auf den anticipirten Beweis an, welcher übrigens ganz auf dem neueren Gerichtsgebrauche und auf allgemeinen Ansichten beruht.

2) Ueber den anticipirten Beweis gelten hauptsächlich folgende Grundsätze: a) Jede Partei ist befugt, aber nicht verpflichtet, den Beweis zu anticipiren, d. h. den Beweis im Verlaufe des ersten Verfahrens in Bezug auf eine vorgebrachte Angriffsbehauptung anzutreten. Diese Antretung kann daher sowohl in derselben Prozeßschrift, in welcher die Angriffsbehauptung selbst vorgebracht wird (z. B. in der Klagschrift, in Bezug auf das factische Klagfundament, in dem Exceptionslibell, in Bezug auf den thatsächlichen Grund einer peremtorischen Einrede u. s. w.), als in der hierauf folgenden nächsten Prozeßschrift der nämlichen Partei, oder in einer besonderen, dieser Prozeßschrift vorgängigen Eingabe geschehen. b) Eine solche Anticipation

---

166) M. s. Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 122 flg. u. Bayer a. a. O.

167) J. R. A. §. 35, 37 u. 39.

bringt hinsichtlich der Beweislast oder des Beweissatzes keine Veränderung hervor. Hat daher eine Partei einen Beweis angetreten, wozu sie nicht verpflichtet ist, so darf nach richtiger Meinung hieraus keine freiwillige Uebernahme eines solchen nicht obliegenden Beweises gefolgert werden, sondern es ist vielmehr anzunehmen, daß die Beweisantretung auf einem Irrthume beruhe [168]). Eben so wenig bindet den Richter ein Mißgriff hinsichtlich des Beweissatzes, wenn etwa dieser irrelevant oder unvollständig sein sollte. c) Die Anticipation kann durch jedes Beweismittel geschehen [169]); nur darf sie keine unstatthafte Cumulation enthalten. Zweckmäßig erfolgt sie jedoch nur durch solche Beweismittel, welche kein weitläufiges Verfahren nöthig machen, z. B. durch Urkunden, richterlichen Augenschein. Das Verbot des canonischen Rechtes [170]), den Zeugenbeweis vor der Litiscontestation anzutreten, steht zwar der schon im Klaglibelle erfolgenden Anticipation dieses Beweises auch [171]) deßhalb nicht entgegen, weil jede Anticipation im Klaglibelle nur eventuell für den Fall geschieht, wenn der Beklagte den Klaggrund ableugnen sollte, allein die Anticipation des Zeugenbeweises wird in der Regel eher Verwirrung als Beschleunigung des Prozesses herbeiführen. Darum eignet sich dieser Beweis weniger zur Anticipation. d) Der Anticipant kann, da gemeinrechtlich eine gesetzliche peremtorische Beweisfrist nicht besteht und der Richter auch eine solche noch nicht festgesetzt hat, bis zum Schlusse der Sache noch immer neue Beweismittel nachbringen; ja er muß aus demselben Grunde sogar nach dem Schlusse der Sache zu einem besseren Beweise in dem Falle gelassen werden, wenn ihm der anticipirte mißlungen ist. e) Hat der Kläger den Beweis schon mit der Klage durch Urkunden angetreten, so sind diese dem Beklagten sammt der Klagschrift unter der Auflage mitzutheilen: sich in puncto recognitionis recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichem Präjudiz vernehmen zu lassen [172]). Der Beklagte muß sich sodann auch in der Exceptionshandlung darüber erklären, wenn er nicht etwa prozeßhindernde oder sonstige verzögerliche Einreden vorzubringen hat, in welchem Falle er zu jener Erklärung nicht verbunden ist [173]). Wurde der Beweis durch andere Beweismittel anticipirt, so erfolgt zwar auch die Mittheilung an den Beklagten, doch soll dieser nicht schuldig sein, sich jetzt schon auf Gegenhandlungen wider den anticipirten Beweis einzulassen [174]). f) Hat der Kläger den

---

168) And. Mein. ist Gönner a. a. O. §. 6. man sehe aber Mittermaier, Beitr. II. S. 170. und Bayer, Vortr. S. 330. Nr. 2.

169) J. R. A. §. 35. Linde, Lehrb. §. 194. Note 2. Zum Theil abweichend ist Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 124. f. folg. Note.

170) Cap. 1. 2. u. 5. X. ut lit. non cont. (2. 6.)

171) Der §. 35 des J. R. A. läßt die Beweisantretung ohne Beschränkung hinsichtlich der Beweismittel zu.

172) J. R. A. §. 37 u. 39.

173) Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 185, 186 u. 189. Linde, Lehrb. §. 210.

174) Nach §. 37. verb. mit §. 35 des J. R. A. müßte wohl das Gegentheil eintreten. — Bayer, Vortr. S. 329. Lit. A.

Beweis der Klage mit der Replikschrift angetreten, so soll der Richter prüfen, ob der Kläger wirklich zum Beweise pflichtig und das gewählte Thema relevant ist. Ist Beides der Fall, so muß der Richter zwar dasselbe verfügen, was nach der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel auch in dem Falle nöthig sein würde, wenn der Beweis in Folge eines Interlocutes angetreten worden wäre, zuvor aber dem Anticipanten eine peremtorische Frist zur Beibringung der etwa noch zurückbehaltenen Beweismittel anberaumen, um dadurch künftigen Nachholungen und der Nothwendigkeit eines Erkenntnisses auf besseren Beweis vorzubeugen. Findet dagegen der Richter, daß entweder der Kläger nicht zum Beweise verpflichtet, oder das gewählte Thema irrelevant oder unvollständig ist, so wird die Anticipation gar nicht berücksichtigt. g) Dieselben Grundsätze werden analog auch auf die Anticipation des Beweises der Einrede mit der analogen Unterscheidung, ob diese in der Exceptions- oder Duplikschrift erfolgt, angewendet [175]). h) Der directe Gegenbeweis gegen den anticipirten Beweis der Klage sowohl als einer Einrede kann zwar ebenfalls anticipirt, aber auch solange ohne Nachtheil unterlassen werden, als nicht eine peremtorische Beweisfrist gesetzt ist [176]). Nur muß der Zeugenbeweis noch vor der Eröffnung des über den Hauptbeweis abgefaßten Zeugenrotuls angetreten werden [177]). i) Nach beendigtem ersten Verfahren hat nun der Richter die Sachlage auch hinsichtlich des angetretenen oder geführten Beweises zu prüfen, und sodann nach dem Ergebnisse dieser Prüfung zu erkennen. Haben nämlich α) beide Theile ihre Beweise vollständig geführt, und ist hinreichende juristische Gewißheit vorhanden [178]), so kann definitiv erkannt werden. Ist dagegen β) der Haupt- oder Gegenbeweis unvollständig ausgefallen, so kann jetzt noch nicht auf einen nothwendigen Eid [179]), sondern nur auf besseren Beweis erkannt werden, wenn nicht etwa schon früher eine peremtorische Beweisfrist vorgeschrieben war und diese abgelaufen ist. Ist γ) der Beweis blos angetreten, so erfolgt ein Beweisinterlocut in derselben Weise, als wenn gar keine Anticipation stattgefunden hätte [180]).

B) Beweis zum ewigen Gedächtniß [181]).

1) Der Beweis zum ewigen Gedächtniß (immerwährenden Andenken — prob. in perpetuam rei memoriam), welcher von

---

175) Bayer, Vorträge S. 329. Lit. B. u. S. 330. Lit. D.

176) Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 191 flg. Gensler, das. S. 277. Linde, Lehrb. §. 210.

177) Nov. 90. c. 4. §. 1. u. Cap. 25. X. de test. (2. 20.)

178) Man s. Gensler a. a. O.

179) Martin, Lehrb. §. 190. Bayer, Vortr. S. 405. Abweichend ist Mittermaier a. a. O. S. 201. Lit. C.

180) Linde, Lehrb. §. 246.

181) Koechy de prob. in perp. rei mem. Helmst. 1794. Gensler de prob. in perp. rei mem. Jen. 1801. Danz, Grundsätze §. 466 flg. Martin, Lehrb. §. 315. Hefftter, Inst. S. 526 flg. Linde, Abhandl. Bd. II. Nr. VI. S. 1 flg. und Lehrb. §. 247. Gesterding, Ausbeute ꝛc. Bd. II. S. 329 flg. Reinhardt, Handb. I. §. 207.

dem anticipirten Beweise wohl zu unterscheiden ist[182]), obgleich man ihn auch so nennt[183]), besteht in der Bewirkung einer vorläufigen Beweisaufnahme, um dadurch die einstige Benutzung eines Beweismittels, dessen Gebrauch aus begründeter Besorgniß unmöglich zu werden droht, selbst für den Fall möglich zu machen und zu sichern, wenn jener Gebrauch wirklich unmöglich geworden sein sollte. Es kann sich nämlich ereignen, daß man ein Beweismittel jetzt noch nicht zu gebrauchen im Stande ist, weil z. B. der Rechtsstreit, in welchem es benutzt werden soll, noch nicht anhängig gemacht werden kann, indem z. B. die Erfüllung einer Bedingung, der Ablauf eines pactum de non petendo etc. noch abzuwarten ist, oder weil im Rechtsgange des Streites selbst dem wirklichen Gebrauche desselben ein Hinderniß entgegen steht ꝛc.; daß aber gleichwohl augenscheinliche Gefahr vorhanden ist, das Beweismittel werde noch eher zu Grunde gehen oder sonst unbrauchbar werden, als der Zeitpunct der wirklichen Benutzung desselben nach der Lage der Sache eintreten kann. In einem solchen Falle erlaubte schon das römische Recht[184]) die vorläufige Aufnahme des Zeugenbeweweises. Das canonische Recht[185]) baute auf der Grundlage des römischen Rechtes fort und bestimmte namentlich das Verfahren genauer. Die Reichsgesetzgesetzgebung[186]) bestätigte hierin das canonische Recht und fügte eine Bestimmung über die Deposition und Herausgabe des aufgenommenen Beweises hinzu. Doctrin und Praxis bildeten endlich das Institut weiter aus und äußerten ihren Einfluß auch hier auf die Particulargesetzgebung[187]).

2) Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtnisse gelten folgende Rechtsgrundsätze. a) Das gemeine Recht spricht zwar ausdrücklich nur vom Zeugenbeweise, weil hier die Gefahr eines Verlustes wohl am Leichtesten eintritt; es läßt sich aber wegen der Gleichheit des Grundes[188]) eine analoge Anwendung dieses Beweises auf andere Beweismittel, deren Gebrauch bei längerem Aufschube unmöglich oder doch schwieriger werden kann, allerdings rechtfertigen, da

---

182) Man s. Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 197 flg. Linde, Abh. II. Nr. VII. S. 64 flg.

183) z. B. Hellfeld, iurisprud. for. §. 1876. Schaumburg, princ. prax. iurid. lib. I. sect. I. membr. III. c. 1. §. 1. Hefftter, Inst. S. 528 a. E.

184) L. 40. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) L. 3. §. 5. D. de Carb. ed. (37. 10.) Nov. 90. c. 4. Hefftter, Inst. S. 527. Linde, Abhandl. II. S. 1 flg. u. 12. flg. Daß dieser Beweis im röm. Rechte begründet sei, leugnet z. B. noch Danz a. a. O.

185) Cap. 5. X. ut lite n. cont. (2. 6.) C. 34. 41. u. 43. X. de test. (2. 20.) C. 4. confirm. util. (2. 30.) Linde, Abh. II. bes. S. 13 flg.

186) Dep.-A. v. 1600. §. 28, 83 u. 125 flg. Vergl. Conc. der C. G. O. Th. III. Tit. 20. §. 23. Linde, Abh. II. S. 39 flg.

187) Man s. darüber Linde a. a. O. S. 41 flg.

188) L. 10—12. D. de legib. (1. 3.)

der Verlust anderer Beweismittel den Parteien ebenso nachtheilig ist, als der Verlust von Zeugen, und mithin der Zweck dieser Beweisaufnahme bei anderen Beweismitteln in gleicher Weise, wie bei Zeugen, eintritt[189]). Das canonische Recht[190]) selbst gestattet die Exemplification oder Innovation schon vergänglich gewordener Urkunden, um sie bei einer einstigen Beweisführung gebrauchen zu können. Wenn die Exemplification auch keine Beweisaufnahme im eigentlichen Sinne ist, so ist doch ihr Zweck derselbe, wie bei dieser, und zeigt sie wenigstens, wie es in der Absicht der Gesetzgebung liegt, den Parteien überall zur Erhaltung der Beweismittel behilflich sein zu wollen. Es waltet daher kein Grund ob, diese Beweisführung bei Urkunden da, wo eine Exemplification nicht wohl erfolgen kann und gleichwohl ihre Unbrauchbarwerdung zu besorgen steht[191]), für unstatthaft zu erklären[192]). Bei Sachkundigen läßt man diese Beweisführung blos deswegen zu, weil man sie für eine Art von Zeugen hält, obwohl dieser Grund bestritten werden kann. Wir glauben dagegen, daß es bei der Frage über die Statthaftigkeit dieses Beweises überhaupt gar nicht auf die Gattung der Beweismittel, sondern lediglich darauf ankommt, ob ein längerer Aufschub des Gebrauches des Beweismittels, welches dieses auch immer sein mag, den Gebrauch selbst nach der besonderen Sachlage wirklich erschweren oder gar unmöglich machen werde. b) Zu dieser vorläufigen Beweisführung ist jede Partei gleich berechtigt, sobald bei ihr die Voraussetzungen der Zulässigkeit derselben nachweislich eintreten[193]). Diese sind: α) Gefahr des Verlustes, der Unbrauchbarwerdung oder der erschwerten Benutzung des Beweismittels und β) die Nachweisung, daß die Partei, welche diese Beweisführung verlangt, die frühere Benutzung des Beweismittels zu veranlassen außer Stande war und an der genannten Gefahr keine Schuld trage. c) Diese Beweisführung kann sowohl vor der Klagestellung, als nach derselben, in jeder Lage des Prozesses, sogar öfter und selbst nach geschehener Beweisauflage[194]) vorkommen, auch mit dem anticipirten Beweise verbunden werden[195]). d) Das Verfahren ist zwar gemeinrechtlich nur für den Zeugenbeweis näher bestimmt; es läßt sich aber aus demselben, da es von dem im ordentlichen Zeugenbeweise im Wesentlichen

---

189) Danz, Grundsf. §. 466. Hefftter, Inst. S. 529. §. 4.
190) Cap. 4. X. ut lite n. cont. (2. 6.)
191) Wenn Urkunden auch nicht verreisen oder erkranken, wie Reinhardt a. a. O. sagt, so können doch immer Fälle eintreten, welche den Gebrauch einer Urkunde erschweren oder gar unmöglich machen, wie z. B. wenn ätzende Stoffe auf dieselben gegossen werden, welche sie mürbe machen oder in einiger Zeit ganz zerstören u. s. w.
192) And. Mein. sind z. B. Reinhardt a. a. O. und Linde, Lehrb. §. 247. Martin a. a. O. am Ende, welcher die Exemplification für eine Art des Beweises z. ew. Ged. hält.
193) Ueber manche, zumal hinsichtlich des Klägers behauptete Beschränkungen s. m. Linde, Abh. II. S. 18.
194) Martin, Lehrb. §. 315. bes. Note f.
195) Mittermaier im Arch. a. a. O. S. 197 flg.

nicht abweicht, nach der Analogie entnehmen, daß das Verfahren auch bei den übrigen Beweismitteln dem ordentlichen Beweisverfahren möglichst entsprechen müsse. α) Das Gesuch, in welchem man die Zulässigkeit dieser Beweisführung nachzuweisen, den Beweissatz und die Art der Benutzung des Beweismittels namhaft zu machen und sowohl um Zulassung dieser Beweisaufnahme, als um die Erlassung der auf diese bezüglichen erfoderlichen Verfügungen zu bitten hat, ist selbst in dem Falle, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig gemacht worden, bei dem für diesen competenten Richter anzubringen[196]). β) Der Richter hat sodann in Allem, namentlich auch hinsichtlich der Zuziehung des Gegners des Producenten[197]), welchem auch alle Einwendungen und bei dem Zeugenbeweise selbst die Einreichung von Fragstücken gestattet sind, ebenso wie bei dem ordentlichen Beweise zu verfahren, insoweit nicht die Dringlichkeit der Sache eine Abkürzung erfodert. Die Einwendungen des Producten dürfen jedoch nur das Vorhandensein der Erfoderniſſe dieser Beweisung, nicht aber schon die Sache selbst betreffen. γ) Der aufgenommene Beweis bleibt bei dem Gerichte, und zwar der Zeugenrotul versiegelt, bis zum wirklichen Gebrauche aufbewahrt[198]), den man natürlich erst bei dem Beweisverfahren in der Hauptsache machen kann; zu welchem Zwecke man sich in der Beweisantretungsschrift ausdrücklich darauf beziehen und die nöthigen Anträge deßhalb stellen muß. δ) Hat der Kläger die Beweisaufnahme zum immerwährenden Andenken vor der Einleitung des Rechtsstreites bewirkt, so muß er binnen Jahresfrist, von der Zeit an gerechnet, wo geklagt werden konnte, die Klage wirklich anstellen, oder wenigstens dem Gegner von der geschehenen Beweisaufnahme glaubwürdige Nachricht geben; widrigenfalls ist dieselbe als nicht geschehen zu betrachten[199]) ε) In Ansehung des Beklagten tritt, wenn dieser die Beweisaufnahme ausgewirkt hat, eine gleiche Verbindlichkeit nicht ein. ε) Der aufgenommene Beweis ist für beide Theile gemeinschaftlich. Darum kann ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht des Producenten auf den Gebrauch desselben den Producten nicht hindern, den Beweis seinerseits zu benutzen[200]). ζ) Die Frage endlich, ob die durch diesen Beweis veranlaßte Handlung des Richters in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre[201]), kann man füglich dahin gestellt sein lassen, da auch die Vernehmung der Zeugen im ordentlichen Beweisverfahren im Grunde nur eine Beurkundung ist.

---

196) Im Falle besonderer Dringlichkeit kann man auch die Gerichtsobrigkeit der Zeugen angehen, s. Heffter, Inst. S. 528.

197) Die Contumaz des Gegners hindert jedoch die Fortsetzung des Verfahrens nicht. Cap. 5. X. ut lite n. c. (2. 6.) Cap. 41. X. de test. (2. 20.)

198) R.-Dep.-A. v. 1600. §. 28.

199) Cap. 5. X. ut lite n. c. Linde, Abh. II. S. 23.

200) Heffter, Inst. S. 529. §. 3 a. E.

201) Wie z. B. Linde, Lehrb. §. 247. nach v. Reibenitz (Ideal einer Gerichtsordnung, Th. I. S. 309.) behauptet.

VIII. Richterliche Thätigkeit nach dem Beweisverfahren[202]).

1) Nach beendigtem Beweisverfahren liegt dem Richter ob, den geführten Beweis nach allen Momenten zu prüfen, dem in in Folge dieser Prüfung gefundenen Resultate gemäß nun zu erkennen und sodann das Erkenntniß den Parteien gehörig zu eröffnen.

2) Bei der Prüfung des oder der geführten Beweise hat der Richter a) bei einem jeden gebrauchten, einzelnen Beweismittel die Glaubwürdigkeit des Mittels und die Relevanz des Ergebnisses aus dem Gebrauche desselben in Erwägung zu ziehen, um hiernach die Beweiskraft des Mittels in concreto zu bemessen. b) Bei dem künstlichen Beweise ist sowohl auf den Beweis der Prämissen, ob und in wie weit dieser erbracht worden, als auch auf die Stärke des Zusammenhanges zu sehen, welcher zwischen den Prämissen und dem Beweissatze selbst stattfindet und hiernach das Resultat der Beweisführung zu bemessen. c) Weichen die Ergebnisse mehrerer Beweismittel über dieselbe Thatsache von einander ab, — was sich sowohl bei einer einzelnen Haupt- oder Gegenbeweisführung, als bei dem Zusammentreffen des Haupt- und directen Gegenbeweises ereignen kann — so ist auf die Beschaffenheit der Abweichung zu sehen, ob nämlich die Verschiedenheit des Ergebnisses (singularitas)[203]) so beschaffen ist, daß α) die einzelnen Abweichungen sich weder gegenseitig widersprechen, noch unterstützen (singularitas diversicativa), in welchem Falle das gegenseitige Verhältniß gar nicht in Betracht kommt; oder daß β) diese Abweichungen einander gegenseitig dergestalt unterstützen, daß sie in ihrer Verbindung ein übereinstimmendes Gesammtresultat gewähren (singularitas adminiculativa), in welchem Falle ein jedes Ergebniß durch diese adminiculirende Kraft der übrigen Ergebnisse an Gewicht gewinnt; oder daß endlich γ) ein Widerspruch zwischen diesen Abweichungen obwaltet (singularitas obstativa —). Hinsichtlich einer solchen zwischen den Ergebnissen mehrerer Beweismittel obwaltenden Collision unterscheidet die Theorie[204]) gewöhnlich, ob gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel mit einander collidiren. Im ersten Falle entscheidet über den Vorzug der collidirenden Beweisresultate oder

---

202) Gönner, Handbuch Bd. II. Abh. 41. §. 11. und Abh. 42. §. 6. Martin, Lehrb. §. 190 flg. Gensler, Comment. Bd. I. S. 330. (Ausgabe von Morstadt) und im Archiv Bd. IV. S. 273 flg. Hefftter, Institt. S. 373 flg. Linde, Lehrbuch §. 317 flg. Bayer, Vorträge S. 454 flg. Reinhardt, Handb. Bd. II. §. 386 flg. Puchta, der Dienst ꝛc. Bd. II. §. 225 flg.

203) Es liegt kein Grund vor, diese Singularität auf die Zeugnisse oder auf andere Beweismittel derselben Art zu beschränken.

204) Man s. Kölle über Collision der Beweise, Leipzig 1794. v. Globig, Theorie der Wahrscheinl. Regensb. 1806. Th. II. S. 265 flg. Gensler im Arch. a. a. O. bes. S. 208 flg. Martin, Lehrb. §. 191. Linde, Lehrb. §. 321. Bayer, Vortr. S. 456 flg. Puchta a. a. O. §. 226.

Gründe die aus der Glaubwürdigkeit der Beweismittel und der Erheblichkeit der Producte derselben sich ergebende größere Stärke der Beweiskraft. Ist daher diese auf beiden Seiten der collidirenden Producte gleich groß, so heben sich diese gegenseitig auf, und es ist die Sache so anzusehen, als wenn gar kein Beweisgrund vorläge. Bei ungleicher Stärke ist noch darauf zu sehen, ob nicht etwa und in wie weit das schwächere Resultat die Kraft des stärken mindere. Das hiernach übrig bleibende stärkere ist sodann das Endergebniß für die richterliche Ueberzeugung. Im zweiten Falle soll der Richter noch außerdem auf das Rangverhältniß der collidirenden Beweismittel unter sich selbst Rücksicht nehmen. Allein es gibt in Wahrheit kein solches Rangverhältniß der Beweismittel unter sich, da es bei der Bewahrheitung einer Thatsache nicht auf die Gattung des Beweismittels, sondern nur darauf ankommt, ob — gleichviel, durch welche Art von Mitteln — die genügende richterliche Ueberzeugung in der That bewirkt worden ist. Da nun diese durch jede Gattung gesetzlich zulässiger Beweismittel, insofern ein solches überhaupt eine Thatsache der fraglichen Art zu bewahrheiten vermag, bewirkt werden kann, so steht in abstracto — und wenn diese Bewirkung in der That erfolgt, auch in concreto — jede Gattung von Beweismitteln der anderen dem Range nach gleich. Es ist daher auch bei der Beurtheilung einer Collision an sich ganz gleichgiltig, ob gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel beziehungsweise Beweisergebnisse mit einander collidiren; immer hat der Richter blos die Glaubwürdigkeit der Mittel und die Relevanz derselben zu prüfen und darnach den Werth der collidirenden Beweisgründe in der oben angegebenen Weise, sowie die rechtliche Beschaffenheit des etwa übrig bleibenden Ueberzeugungsgrundes zu bestimmen. Wo man von einem Rangverhältnisse spricht, da ist in der Regel gar keine Collision vorhanden, oder liegt der Vorzug in einem anderen Grunde. So, sagt man, geht der richterliche Augenschein jedem anderen Beweismittel, das mit ihm collidirt, vor. Allein der Grund dieses Vorzuges liegt nicht im Rangverhältnisse, da auch der richterliche Augenschein an sich nicht mehr gewähren kann, als jedes andere Beweismittel, nämlich prozeßrechtliche Wahrheit, sondern in der Beschaffenheit der Glaubwürdigkeit des Mittels. Denn da der Beweis den Richter überzeugen soll (s. oben Nr. IV.), so kann ihm natürlich kein anderes Mittel eine bessere Ueberzeugung verschaffen, als die eigene Wahrnehmung, die ihm zugleich die Gewißheit verschafft, daß das collidirende Beweismittel nicht glaubwürdig sein kann. Setzen wir aber den Fall, der Product könne beweisen, daß der Gegenstand der richterlichen Wahrnehmung seine ursprüngliche, zur Zeit der Klagestellung vorhanden gewesene Beschaffenheit verändert habe, indem derselbe damals gerade so, wie das jetzt collidirende Beweismittel besagt, beschaffen gewesen sei, so würde das Resultat dieses Mittels selbst vom Richter dem Resultate seiner Wahrnehmung vorge-

zogen werden müssen, weil es dem letzteren an Relevanz gebräche. Der Schiedseid kann in demselben Beweisverfahren mit keinem anderen Beweismittel collidiren, da er über dasselbe Factum nur entweder allein, oder, wenn er mit anderen Beweismitteln eventuell verbunden wurde, erst dann gebraucht werden kann, wenn diese kein genügendes Resultat gewährten. Der Beweis des Meineides, der gegen dasselbe allein stattfindet, kann nicht wohl in demselben Verfahren geführt werden, weil, wenn der Gegner des Schwörenden jetzt schon das Gegentheil von dem, was beschworen werden soll, beweisen könnte, er die Eidesdelation nicht gebrauchen, beziehungsweise den Eid nicht zurückschieben, sondern den Beweis eben durch diese anderen Mittel antreten, beziehungsweise sein Gewissen mit Beweis vertreten würde. Sollte es aber der Fall sein, und der Beweis des Meineides erbracht werden, so wäre wieder keine Collision vorhanden, da durch denselben dem Eide alle Beweiskraft entzogen, mithin das Beweismittel selbst zerstört wird. Man darf bei dem Haupteide nicht übersehen, daß er eine Art von Vertragung ist und an sich gar keinen einer Beurtheilung fähigen Ueberzeugungsgrund für die Gewißheit gewährt, sondern die beschworene Thatsache blos deßhalb, weil sie beschworen worden, als wahr angenommen werden muß, ohne daß eine Einwendung oder Kritik dagegen zulässig ist. Wenn ferner Kunstverständige mit Zeugen oder Urkunden collidiren, so sollen sie den Vorzug vor beiden haben, außer wenn die Zeugen ein Factum aus eigener Erfahrung bestätigen, die Kunstverständigen aber ihre Aussage darüber nur auf Vermuthungen gründen können[205]). Allein die Sachverständigen können nur unter sich, nie aber mit anderen Beweismitteln collidiren, weil das, was durch Sachverständige zu ermitteln ist, durch gar kein anderes Beweismittel bewahrheitet werden kann, insoweit aber, als die Sachverständigen auch über andere Thatsachen, deren Wahrnehmung nämlich keine Kunstkenntniß voraussetzt, deponiren, sie auch nicht als Sachkundige, sondern blos als gewöhnliche Zeugen zu betrachten sind, mithin in diesem Falle auch von keiner Collission zwischen Sachkundigen und Zeugen, sondern nur von einer Collision zwischen Zeugen die Rede sein kann. — Zwischen Zeugen und Urkunden endlich wird auch nach der herrschenden Ansicht keine Rangsverschiedenheit behauptet, da die Gesetze[206]) selbst beiden Beweismitteln gleiche Beweiskraft beilegen. Daher kann der mit dem Urkundenbeweise collidirende Zeugenbeweis jenen völlig entkräften[207]). Die Fälle, in welchen das römische Recht gegen den Urkundenbeweis nur wieder Urkundenbeweis zuläßt (wie bei dem Beweise des indebitum da, wo der Kläger in dem von ihm ausgestellten Schuldscheine die causa debendi

---

205) Man s. z. B. Bayer, Vortr. S. 457. Nr. 3.
206) C. 15. C. de fid. instrum. (4. 21.) Cap. 10. X. eod. tit. (2. 22.)
207) §. 12. Inst. de inutil. stipul. (3. 20.) C. 18. C. de prob. (4. 19.) Nov. 73. c. 3.

ausdrücklich angeführt hat[208]), und bei dem Beweise der Minderjährigkeit da, wo der Beweisführer früher seine Großjährigkeit in einer Urkunde behauptet hat[209])), oder dem Urkundenbeweise ausdrücklich den Vorzug einräumt (wie bei dem Beweise öffentlicher Abgaben[210])), begründen keine Collision, da hier Zeugen theils gar nicht zugelassen werden, theils wegen gesetzlicher Vorschrift den Urkundenbeweis nicht schwächen können. Wenn endlich in rebus antiquis der Urkundenbeweis dem Zeugenbeweise vorgeht, so liegt dieß in der Natur der Sache, da hier die Zeugen in der Regel nur vom Hörensagen deponiren und schon deßhalb nicht so glaubwürdig sind wie Urkunden.

3) In Bezug auf die Urtheilsfällung selbst können vorzüglich folgende Fälle eintreten: 1) Ist nur ein Hauptbeweis, er mag die Klage selbst, oder eine Einrede, Replik ꝛc. betreffen, geführt worden, so wird a) bei völlig gelungenem Beweise für den Producenten, b) bei völlig mißlungenem Beweise gegen denselben und c) bei unvollständig erbrachtem Beweise endlich auf einen nothwendigen Eid erkannt und in diesem Falle der Eidesauflage das eventuelle Endurtheil angefügt[211]). Ob dem Producenten der Erfüllungs-, oder dem Producten der Reinigungseid aufzulegen sei, hängt von der Beschaffenheit der Unvollständigkeit des Beweises ab. Nach der herrschenden Ansicht, gegen welche sich jedoch Manches erinnern läßt[212]), tritt bei mehr als halbem Beweise der Erfüllungs-, bei weniger als halbem Beweise aber der Reinigungseid ein, und soll bei gerade halbem Beweise zunächst derjenige, welcher die beste Sachkenntniß hat, wenn aber diese bei beiden Theilen gleich ist, derjenige, dem eine höhere Religiosität zugetraut werden kann, wenn jedoch dieß nicht auszumitteln ist, derjenige, welcher wegen einer gesetzlich begünstigten Sache streitet, und wenn endlich auch dieser Fall nicht eintritt, der Product zum Eide gelassen werden[213]). 2) Wurde Hauptbeweis und directer Gegenbeweis geführt, so ist zunächst die Collision, welche hier stets eintritt, wenn nicht der eine oder andere Beweis gänzlich mißlungen ist, nach den obigen Grundsätzen zu beseitigen und sodann nach dem sich dadurch ergebenden Resultate zu erkennen. Daher muß a) wenn Beweis und Gegenbeweis gleich stark sind, oder der letztere den ersteren sogar an Stärke übertrifft, immer gegen den Produ-

---

208) L. 24. §. 4. D. de prob. (22. 3.) C. 13. C. de n. n. pec. (4. 30.)

209) C. 3. C. si minor se maiorem dix. (2. 43.)

210) L. 10. D. de prob.

211) C. 11. C. de sent. (7. 45.)

212) Man s. Reinhardt, Handb. II. §. 188.

213) Martin, Lehrb. §. 190. Linde, Lehrb. §. 318. Bayer, Vorträge S. 403 flg. Gensler im Archiv a. a. O. S. 276 flg. — Bei halbem Beweise lassen Manche (z. B. Mevius P. VI. dec. 155.) stets den Erfüllungseid eintreten, was sich sehr gut begründen läßt, da auch bei den halbbeweisenden Handelsbüchern stets auf den Erfüllungseid erkannt wird. — Man ehe übrigens den Art. Eid.

centen erkannt werden, weil, da der Hauptbeweis durch den Gegenbeweis aufgewogen ist, die Regel eintritt: actore non probante reus absolvitur. Ist dagegen b) der Hauptbeweis stärker als der Gegenbeweis, so wird auf Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt, je nachdem das übrig bleibende Stärkere den einen oder anderen Eid begründet. 3) Sind endlich zwei Hauptbeweise, z. B. der Beweis der Klage und der Beweis einer peremtorischen Einrede (Hauptbeweis und indirecter Gegenbeweis) geführt worden, so muß der Richter zunächst, wenn etwa gegen den einen oder den anderen, oder gegen jeden auch ein directer Gegenbeweis versucht worden, die Stärke eines jeden Hauptbeweises, welche diesem wegen des directen Gegenbeweises noch übrig bleibt, ausmitteln, sodann aber jeden Hauptbeweis, da zwischen ihnen keine Collision stattfindet, für sich allein beurtheilen und bei der Urtheilsfällung selbst theils die Beschaffenheit der Beweise an sich, theils das rechtliche Verhältniß der Beweisobjecte zu einander berücksichtigen. Demnach ist, a) wenn der erste (Angriffs-) Beweis (gewöhnlich allein Hauptbeweis genannt) völlig mißlungen ist, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des zweiten (Gegenangriffs-) Beweises (indirecten Gegenbeweises) stets gegen den ersten (Haupt-) Beweisführer zu erkennen. Wenn aber b) der erste Beweis völlig gelungen ist, so wird α) bei vollständig geliefertem zweiten Beweise gegen den ersten Beweisführer, weil hier der Angriff durch den Gegenangriff (die Klage durch die Einrede ꝛc.) elidirt ist; β) bei völig mißlungenem zweiten oder (indirecten) Gegenbeweise aber für denselben, und γ) bei unvollständig erbrachtem Gegenbeweise endlich nach der Beschaffenheit der Unvollständigkeit desselben auf Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt. Ist endlich c) der erste oder Hauptbeweis unvollständig erbracht, so wird α) bei vollständigem Gegenbeweise gegen den Hauptbeweisführer und β) wenn dieser gänzlich mißlungen, hinsichtlich des Hauptbeweises auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt. Ist dagegen γ) auch der Gegenbeweis blos unvollständig erbracht, so kommt es auf den Grad der Unvollständigkeit an, welcher auf beiden Seiten obwaltet. Ist nämlich αα) auf beiden Seiten mehr als halb bewiesen, so muß beiden Theilen der Erfüllungseid auferlegt werden, über welchen sich sodann der Hauptbeweisführer zuerst zu erklären hat. Schwört er nicht, so ist gegen ihn zu erkennen, ohne daß der Gegenbeweisführer auch seinerseits den Eid zu leisten nöthig hat, weil bei nicht erwiesenem Angriffe der Angegriffene freigesprochen wird, wenn er auch seinerseits nichts bewiesen hat. Schwört er dagegen, so wird dadurch der zweite oder Gegenbeweisführer genöthigt, sich gleichfalls über den ihm auferlegten Erfüllungseid zu erklären. Schwört nun der Letztere gleichfalls, so ist für ihn, im entgegengesetzten Falle aber wider ihn und für den Hauptbeweisführer zu sprechen. Ist aber ββ) auf beiden Seiten weniger als halb

bewiesen, so wird beiden Theilen der Reinigungseid auferlegt, über welchen sich zuerst der Gegenbeweisführer erklären muß. Schwört er, so wird auch für ihn erkannt, indem der Eid des Hauptbeweisführers deßhalb als überflüssig wegfällt, weil durch den geleisteten Reinigungseid des Gegenbeweisführers der Hauptbeweis gänzlich zerstört wurde, und daher der Satz: actore non probante etc. in Anwendung kommt. Verweigert er dagegen die Eidesleistung, so hängt der Sieg des Hauptbeweisführers doch immer noch von seiner eigenen Eidesleistung ab, weil er sich, wenn auch sein Beweis wegen des recusirten Eides von Seiten des Gegenbeweisführers als erbracht erscheint, auch noch von dem Beweise des Gegenangriffes reinigen muß. Schwört er daher nicht, so wird dadurch der Beweis des Gegenangriffes vervollständigt und sonach gegen ihn gesprochen, weil der Hauptangriff durch den Gegenangriff elidirt worden ist. Hat γγ) der Hauptbeweisführer weniger, der Gegenbeweisführer aber mehr als halb bewiesen, so ist dem Letzteren der Reinigungs- und Erfüllungseid zugleich, jedoch alternativ aufzulegen, und sonach ihm zu überlassen, ob er den einen oder anderen Eid leisten will. Denn schwört er den Reinigungseid, so zerstört er den Hauptbeweis und braucht den (indirecten) Gegenbeweis nicht mehr zu ergänzen. Leistet er dagegen den Erfüllungseid, so wird durch den nun voll bewiesenen Gegenangriff der wegen des nicht geleisteten Reinigungseides zwar auch vollständig bewahrheitete Hauptangriff elidirt. Recusirt er beide Eide, so ist natürlich gegen ihn zu sprechen, weil nun der Hauptbeweis als vollständig geführt und der Gegenbeweis als gänzlich mißlungen erscheint. Hat δδ) umgekehrt der Gegenbeweisführer weniger, der Hauptbeweisführer hingegen mehr als halb bewiesen, so muß der Letztere sowohl zuerst den Erfüllungs-, als sodann den Reinigungseid leisten, um einerseits den Hauptbeweis zu ergänzen und andererseits den Gegenbeweis zu entkräften; widrigenfalls gegen ihn zu erkennen ist. Ist εε) der Beweis auf beiden Seiten gerade halb erbracht, so hat der Richter, der herrschenden Ansicht gemäß, nach den obwaltenden persönlichen und Sachverhältnissen zu beurtheilen, ob der halbe Beweis den Beweisführer zum Erfüllungs-, oder dessen Gegner zum Reinigungseide verpflichte, ob also der halbe Beweis auf der einen oder auf beiden Seiten die Wirkung eines mehr als halben oder eines weniger als halben Beweises habe; wornach sodann das Erkenntniß den vorhin über die unvollständigen Beweise namhaft gemachten Fällen gemäß zu erlassen ist. Dasselbe tritt ζζ) ein, wenn nur der eine Theil den Beweis halb, der andere aber mehr oder weniger als halb erbracht hat.

S. Jordan.

Beweis in Straffachen[1]). Hier sind blos die allgemeinen Lehren vom Beweise in Straffachen, abgesehen von dem Gebrauche

---

1) Man sehe Millaeus, tract. de probat. (hinter seiner Praxis criminis persequendi, figuris illustr. Par. 1541.) Walraven de probat. Hard.

und rechtlichen Werthe der einzelnen Beweismittel, in gedrängter Kürze darzustellen.

I. Geschichtliche Einleitung.

A) Im älteren römischen Prozesse[2]), welcher auf dem Systeme der Anklage und Oeffentlichkeit beruhte, wurde die Beweisführung als reine Verhandlung zwischen den Parteien[3]) betrachtet. Als Beweismittel kamen vor: Geständniß, welches sofortige Verurtheilung zur Folge hatte; interrogationes (von dem Ankläger an den Angeklagten gestellte Fragen, welche zum Zwecke des Entschuldigungsbeweises wohl auch von diesem an jenen gestellt werden durften); quaestiones (durch die Folter erpreßte Zeugnisse der Sclaven); Zeugen, welche durch den Beweisführer befragt wurden, und Urkunden (tabulae). Zum Entschuldigungsbeweise wurden auch laudatores (welche das Betragen des Angeklagten öffentlich rühmten) zugezogen, und trug insbesondere die Beredtsamkeit der Vertheidiger viel bei; da die Richter (iudices lecti) nach keiner vorgeschriebenen Beweistheorie, sondern nur nach ihrer Ueberzeugung zu stimmen hatten. Das ältere römische Recht blieb jedoch ohne Einfluß auf das gemeinrechtliche Beweissystem, das neuere aber gehört, insoweit es anwendbar ist, zu den jetzt noch giltigen Quellen.

B) Das canonische Recht[4]) hatte auf die Gestaltung des heutigen Criminalprozesses überhaupt und dadurch insbesondere auch auf die Ausbildung des jetzigen Beweissystemes den wesentlichsten Einfluß. Es verdrängte die Eideshelfer und Gottesurtheile, gestaltete dagegen den teutschen Reinigungseid auf eine seinem Systeme entsprechende Weise um, begründete mit der Inquisitionsmaxime die dieser entspre-

---

1782. Ranft, über Beweis in peinlichen Sachen, Freib. 1801. v. Globig, Theorie der Wahrscheinl. 2 Bde. Regensb. 1806. Kleinschrod, im alt. Archiv des Cr.-R. Bd. IV. H. 3. S. 44 flg. Stübel, über den Thatbestand, Wittenb. 1806. und das Criminalverf. (5 Bde. Leipzig 1811.) Bd. III. §. 1082 flg. S. 1 flg. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiss. (2. Aufl. 3 Bde. Halle 1823.) Bd. III. §. 838 flg. S. 494 flg. Neumark de probat. in iudicio crim. Gronov. 1817. Mittermaier, Theorie des Beweises in peinl. Sachen (1809) 2 Bde. Darmst. 1821. und die Lehre vom Beweise im teutschen Strafproz. ꝛc. das. 1834. auch: das teutsche Strafverf. (2. Abth. 2. Aufl. Heidelb. 1832.) §. 80 flg. u. 150 flg. Kitka, Beiträge zur Erhebung des Thatbestandes, Wien 1831. Martin, Lehrbuch des teutschen gem. Crim.-Proz. (3. Aufl. Heidelb. 1831.) §. 66 flg. u. 131 flg. Bauer, Lehrb. des Strafproz. Gött. 1835. §. 94. Müller, Lehrb. des teutschen gem. Crim.-Proz. Braunschw. 1837. §. 93 flg. Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. II. S. 145 flg.

2) Eine gedrängte Darstellung desselben siehe in Mittermaier, Strafverf. §. 12. und in Heineccii antiquitates (Ausgabe von Haubold, Frankf. 1822.) S. 741 flg. (lib. IV. tit. 18.) Schweppe, röm. Rechtsgeschichte (2. Aufl. Gött. 1826.) §. 618 flg.

3) Ueber das ausnahmsweise eingetretene Inquisitionsverfahren s. Biener, Beitr. zur Gesch. des Inquisitionsproz. Leipzig 1827. S. 11.

4) Biener a. a. O. S. 16—78. Mittermaier, Strafverf. §. 13. Roßhirt, Geschichte und System des teutschen Strafrechtes, Th. I. Stuttg. 1838. §. 92 flg. S. 171 flg.

chende neuere Beweistheorie, und ermittelte überhaupt durch die Praxis der geistlichen Gerichte die Verschmelzung des fremden (römischen und canonischen) und teutschen Rechtes. Die auf diese Praxis gebaute Doctrin der italienischen Juristen[5]) gab der teutschen Criminalrechtswissenschaft und Gesetzgebung die Richtung und Grundlage.

C) Der altgermanische Criminalprozeß[6]) kannte kein eigentliches Beweisverfahren in unserem Sinne[7]). Der Richter hatte nämlich keine Einwirkung auf die Parteien; er mußte jeden Schritt gegen den Angeklagten dem Ankläger überlassen und durfte selbst nichts zur Ermittelung der Wahrheit thun und keine Thätigkeit anwenden, um die Beweise zu erbringen und dem Kläger zu seinem Rechte zu verhelfen. Zwar fehlte es nicht an Beweismitteln, um die Wahrheit kenntlich zu machen; sie waren aber sehr einfach, und ihre Erforschung bildete keinen Bestandtheil des Prozesses, sondern einen integrirenden Theil entweder der Affirmative der Klage oder der Negative der Antwort, auf welche sofort das Urtheil erfolgte[8]). Gestand der Angeschuldigte, so wurde er in die gesetzliche Composition verurtheilt. Leugnete er, so bestimmte das Erkenntniß die Stärke des Leugnungseides, d. h. mit wie viel Eideshelfern er sich von der Anschuldigung loszuschwören, also sich zu reinigen habe[9]). Als Beweismittel kamen in peinlichen Sachen außer dem Geständnisse blos vor: Eid und Eideshelfer, die auch Zeugen hießen, jedoch von den Zeugen in Civilsachen[10]) wesentlich verschieden waren, und Gottesurtheile; bei geringeren Sachen, z. B. Markfreveln, auch Zeugen. Der Ankläger brauchte die Eideshelfer nur bei handhafter That, wenn er nämlich den Angeklagten bei derselben gebunden und sofort vor Gericht gebracht hatte, in welchem Falle dieser nicht zum Reinigungseide mit Eideshelfern gelassen wurde; ferner wenn der Angeklagte seine Unschuld nicht vertreten wollte, indem hier der Ankläger mit seinen Eideshelfern zum Schwure kam[11]) (jedoch mußte in diesem Falle der Angeklagte in gutem Rufe stehen); und endlich bei den Saliern, wenn der Ankläger

---

5) Biener a. a. O. S. 78 flg. Roßhirt a. a. O. §. 25, 72 u. 96.

6) Außer den zum vorigen Art. angef. Werken von Rogge, Maurer ꝛc. s. m. Henke, Grundriß einer Geschichte des peinlichen Rechtes (2 Thle, Salzb. 1809.) Th. I. S. 68 u. 171. Th. II. S. 131. Tittmann, Gesch. der teutschen Strafgesetze, Leipzig 1832. S. 48, 50, 68, 127 u. 132. Mittermaier, Strafverf. §. 14. Roßhirt a. a. O. S. 26, 162, 177, 223, 263, 311, 344.

7) Wigand, das Femgericht ꝛc. Hann. 1825. S. 371, 382 u. 385. Zu weit geht Rogge, das Gerichtswesen S. 93, wenn er sagt, daß vollkommene Beweislosigkeit der Character des altgermanischen Criminalprozesses sei, man s. Hermes, St. I. v. 1822. S. 192. und J. Grimm, Rechtsalterth. S. 856. Note †.

8) Rogge S. 212. Wigand S. 386.

9) Rogge S. 216.

10) Man s. Rogge S. 110 flg. Grimm, R.-A. S. 856 flg.

11) Buchner, das öffentliche Gerichtsverf. Erlangen 1825. S. 57 flg. Roßhirt a. a. O. S. 27. Note 2. Vgl. noch Rogge S. 200. Lex Fris. T. 5. c. 8 u. 9.

vom Adel war. Regelmäßig hatte also nur der Angeklagte sich mit Eideshelfern zu reinigen. Die Eideshelfer[12]), deren Institut mit dem Fehderechte und Compositionensysteme zusammenhing, beschworen nicht die Grundlosigkeit der Anklage oder die Unschuld des Angeklagten, sondern bestärkten blos die Erklärung desselben. Der Angeklagte mußte, um sich durch Eideshelfer reinigen zu können, wie diese selbst, fehde=, d. i. waffenfähig sein. Sie wurden aus den Blutsverwandten und Gemeindegenossen, theils vom Kläger (consacramentales nominati) und theils von dem Angeklagten (c. electi) gewählt. Die Zahl derselben richtete sich nach der Wichtigkeit des Gegenstandes und nach den Standesverhältnissen der Parteien. Der Sacramentalact war entscheidend[13]). Die Gottesurtheile[14]) beruhten auf dem Glauben an eine unmittelbare Einwirkung der Gottheit zur Entdeckung der Schuld wie zum Schutze der Unschuld. Das Loos[15]) war das älteste Gottesurtheil, kam aber bald außer Gebrauch. Das Kampfurtheil[16]) war unter allen Ordalien das vornehmste, häufigste und edelste, und das Vorrecht der Freien. Dieser Zweikampf, worüber sodann Kampfrichter urtheilten, fand vornämlich statt, a) wenn der Kläger den Beklagten auf den Zweikampf foderte, um dadurch den Sacramentalact zu verhindern; b) um den Angeklagten mit seinen Eideshelfern nach abgelegtem Eide des Meineides zu überführen; c) zum Urtheilschelten; d) zum Lügenschelten eines Zeugen und e) da, wo der Streit seiner Natur nach nicht anders entschieden werden konnte. Eine Partei durfte sich auch durch einen Kampfvormund (campio) vertreten lassen; was für Frauen und solche Personen wichtig wurde, die zwar freigeboren, aber doch in solchen Verhältnissen waren, welche ihnen das Waffenrecht entzogen. Die übrigen Gottesurtheile (Ordale im strengen Sinne — Proben), als: die Feuerproben[17]) (Tragen eines glühendenden Eisens, Gehen auf einer glühenden Pflugschar); die Wasserproben (mit heißem (Kesselfang) und kaltem Wasser)[18]); das Kreuzurtheil[19]); die Probe des geweihten Bissens[20]); die Abendmahlsprobe[21]) und das Bahrrecht[22]) mußten bestehen: a) Unfreie, für welche ihr Herr nicht schwören

---

12) Rogge S. 136—195. Grimm, R.=A. S. 859 flg.
13) Buchner a. a. O. S. 62.
14) Majer, Geschichte der Ordalien, insbes. der gerichtl. Zweikämpfe, Jena 1795. C. F. Jarick, de iudiciis Dei sive ordalibus medii aevi, Vratisl. 1820. Rogge S. 195—211. Bes. Grimm, R.=A. S. 908—937. und W. E. Wilda in der allgem. Encyclop. der Wissensch. u. Künste, III. Sect. Bd. IV. unter: Ordalien S. 453—490.
15) Wilda a. a. O. S. 454.
16) Rogge S. 204. Grimm S. 927. Wilda S. 460.
17) Grimm S. 912. Wilda S. 455.
18) Grimm S. 919. Wilda S. 457.
19) Grimm S. 926. Wilda S. 458.
20) Grimm S. 931. Wilda S. 459.
21) Wilda S. 456.
22) Grimm S. 930. Wilda S. 460.

wollte; b) Frauen, die auf Kampf angeklagt waren und keinen Kampfvertreter stellen konnten, und c) angeklagte Freie, die keine Eideshelfer finden konnten[23]). Der Zweikampf kommt in Criminalsachen noch im Sachsen- und Schwabenspiegel (kämpflich ansprechen) vor, und das Hofgericht zu Rothweil erkannte noch 1450 auf denselben. Es bildete sich später aus dem Kampfordale bei dem Ritterstande die Sitte, den Zweikampf ganz an die Stelle der gerichtlichen Rechtshilfe treten zu lassen[24]); eine Sitte, die bekanntlich bis jetzt die Gesetzgebung nicht zu verdrängen vermochte. Die übrigen Gottesgerichte kamen zwar noch im 15. Jahrhunderte, jedoch immer seltener vor, indem in den meisten Ländern die Tortur an ihre Stelle trat. Nur bei den Hexenprozessen blieb die Wasserprobe (Hexenbad), wozu auch das Wägen der Hexen (Ordale durch die Wage) kam, bis ins 18. Jahrhundert im Gebrauche. Ebenso lange erhielt sich auch das Bahrrecht[25]). Das Institut der Eideshelfer blieb auch noch zur Zeit der Rechtsbücher in modificirter Form üblich. Bei handhafter That suchte sich nämlich der Kläger durch Geschrei (Gerüffte), welches die Gemeindegenossen zur Nacheile und Verfolgung des flüchtigen Thäters verpflichtete, Zeugen zu verschaffen, um mit ihrer Hilfe diesen durch Eid zu überführen (Besiebnen, Uebersiebnen, weil der Regel nach 7 Zeugen nöthig waren)[26]). Bei übernächtiger That konnte sich dagegen der Angeklagte durch Eid reinigen, wovon erst allmälig bei einem ohnehin übel berüchtigten Manne Ausnahmen gemacht wurden[27]).

Es trat überhaupt in der letzteren Zeit des Mittelalters ein trauriger Zustand im Criminalwesen ein[28]). Die Ueberbleibsel des altgermanischen Prozesses, dessen eigenthümlicher Geist bereits mit der Volksfreiheit verschwunden war, wurden zusehends kraftloser und unzureichender. Denn die Rechtsbildung war längst dem Volke entrissen worden und der Kaste meist roher, leidenschaftlicher und unwissender Schöffen anheim gefallen, die an den ohnehin todten Ueberresten des alten Prozesses willkürlich und sinnlos änderten, und die neu aufstrebende Wissenschaft hatte sich ein anderes Rechtsgebiet, als das einheimische, für ihre Thätigkeit gewählt. So artete der Prozeß in einen geistlosen Formenkram aus, der weder die Schwachen vor der Willkür der Schöffen zu schützen, noch die Mächtigen zu erreichen und in ihren Gewaltthätigkeiten zu hemmen vermochte. Willkür und Grausamkeit gegen die Geringen und Ohnmacht gegen die Hohen, welche Macht und Anhang hatten, waren die Hauptzüge der damaligen Criminaljustiz. Nur die Femgerichte hielten noch einigermaßen die Ordnung

---

23) Rogge S. 212.
24) Wilda S. 486.
25) Wilda S. 487 flg.
26) Cropp in Hudtwalcker und Trummer criminalistische Beiträge, Bd. II. S. 380 flg. Wigand a. a. O. S. 401 flg.
27) Cropp a. a. O. S. 389 flg. u. 399 flg. Böser Leumund schloß von der eidlichen Reinigung aus.
28) Wigand a. a. O. S. 291 u. 402 flg.

aufrecht, bis das fremde Recht in der Gestalt, wie es die Wissenschaft der damaligen Zeit auffaßte und die Praxis der geistlichen Gerichte übte, zuerst in den Städten durch die gelehrten Stadtschreiber oder Fiscale, und sodann in den höheren Gerichten die Herrschaft errungen und so die Nothwendigkeit herbeigeführt hatte, auch das Strafverfahren bei den Niedergerichten, die noch mit ungelehrten Schöffen besetzt waren, nach dem fremden Rechte zu modificiren, um einerseits den schreienden Mißbräuchen, die man namentlich mit der aus dem römischen Rechte entlehnten Tortur trieb, welche als eine Art von Gottesurtheil angesehen wurde[29]) und darum leicht Eingang fand, ein Ziel zu setzen, und andererseits das Verfahren und insbesondere das Beweissystem bei den höheren und niederen Gerichten gleichförmig zu machen. Diese Modification erfolgte für das Reich durch die peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. (1532), welche, wie ihre Vorgängerin, die Bambergensis, nur den Zweck[30]) hatte, einen kurzen Inbegriff des Wissenswürdigsten aus den kaiserlichen Rechten und guten Gewohnheiten zum Gebrauche der unstudirten Richter und Schöffen zu liefern, sowie die Mißbräuche und bösen, unvernünftigen Gewohnheiten (Art. 218) abzuschaffen. Aus dem vorhin bemerkten Gange des allmäligen Verfalles des altgermanischen Criminalprozesses wird es begreiflich, daß es zu der Zeit, in welcher die Bambergensis und nachher die Carolina abgefaßt wurden, kein gleichförmiges Beweissystem in Teutschland geben konnte. So werden in der Maximilianischen Halsgerichtsordnung für die Stadt Radolphzell von 1506[31]), welche mit der von demselben Kaiser gegebenen Criminalordnung für Tyrol von 1499 im Wesentlichen übereinstimmt, als Beweismittel aufgeführt: das Besiebnen, das Selbstbekenntniß des Angeklagten, der gichtige Mund (erzwungenes Geständniß)[32]), Leumund (diffamatio) und Schub (Wälzung der Schuld auf einen Anderen)[33]). In dem einen Lande mußte der Leugnende die Tortur bestehen, deren Arten und Stufen sich gleichfalls sehr verschieden gestalteten, in dem anderen sich noch einem Gottesurtheile unterziehen; oft entschied die Beschaffenheit des Verbrechens, ob das eine oder andere Mittel der Wahrheitserforschung eintreten sollte, wie z. B. bei Hexerei die Wasserprobe selbst da vorkam, wo in anderen Fällen Tortur angewendet wurde. Im Allgemeinen ging die Umgestaltung so vor sich, daß an die Stelle der Eideshelfer

---

29) Man sehe Jarcke im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. IX. S. 73. Note 1. Wilda a. a. O. S. 489. u. dort Note 83.

30) Biener a. a. O. S. 150 u. 155.

31) Sie steht in Falck's Eranien zum teutschen Rechte, Lief. 2. Heidelb. 1826. S. 67 flg. mit Bemerkungen von Walchner, siehe auch Mittermaier im neuen Archiv des Crim.-R. Bd. IX. S. 44 flg.

32) Wächter u. Scherz in den Glossarien unter Gichten u. Gicht. Walchner a. a. O. S. 76 flg.

33) Wächter, Gloss. unter Schub: vergl. Schwäb. L. R. Art. 219. §. 2. Vgl. damit ein kais. Privileg. von 1498 für das Limburgische bei Wigand a. a. O. S. 402. Note 14. Biener a. a. O. S. 138.

der Beweis durch Zeugen und an die Stelle der Gottesurtheile die Tortur trat, und daß in manchen Ländern die Berüchtigung (der böse Leumund), welche nach canonischem Rechte vor Innocenz III. zum Reinigungseide, oder zur Bestehung eines Gottesurtheiles, seit Innocenz III. aber zur Inquisition führte[34]), zur Verurtheilung hinreichend war. Die peinliche Gerichtsordnung, welche vorzüglich aus dem römischen Rechte, wie es die damalige Rechtswissenschaft auffaßte, aus den Glossatoren und anderen practischen Schriftstellern schöpfte[35]), nahm nun das Beweissystem der damaligen Doctrin und Praxis an und verarbeitete es so, daß dadurch zugleich den in Teutschland überhand genommenen ärgsten Mißbräuchen vorgebeugt wurde[36]). Den bisherigen teutschen Prozeß behielt sie blos als förmliches Schlußverfahren in dem sogenannten endlichen Rechttage (Art. 78—99. Bamb. Art. 91—120) bei[37]). Das Beweissystem der peinlichen Gerichtsordnung ist auf Geständniß und Zeugenbeweis, welcher jenem als Ueberweisung (Ueberwindung) entgegensetzt und allein Beweisung (Beweis) genannt wird, gebaut, indem eine peinliche Strafe nur auf Bekenntniß oder Beweisung stattfinden soll (Art. 22). Notorietät und handhafte That sowie Berüchtigung (Argwohn), die sich aus Anzeigen ergibt, reichen zur Verurtheilung nicht hin, wie man vorher an manchen Orten angenommen hat, sondern führen blos zur Tortur, um durch diese ein Geständniß zu erlangen (Art. 16 und 22). Die ohne Bekenntniß überstandene Tortur reinigt den Angeschuldigten in derselben Art, wie früher ein überstandenes Gottesurtheil (Art. 61). Die peinliche Gerichtsordnung hob also a) das Besiebnen, das die Bamb. (Art. 273), als den kaiserlichen Rechten zuwider, ausdrücklich ausgeschlossen hatte[38]), stillschweigend auf; verbot b) die Verurtheilung auf bösen Leumund oder Anzeigen, ließ vielmehr auf diese, wenn sie genugsam, d. h. so stark sind, daß sie der Aussage eines classischen Zeugen (halbe Beweisung Art. 30) gleichkommen, nur Tortur eintreten, deren Mißbrauch sie möglichst zu verhüten suchte (Art. 6, 7 und 45); führte zu dem Ende c) die vorzüglichsten Indicien (Art. 18—44) ausführlicher an, worin sie die practischen Schriftsteller des Mittelalters befolgte, und setzte d) fest, daß zwei classische Zeugen zur Beweisung genugsam sein (Art. 67) und Verurtheilung bewirken sollen, auch wenn der Angeschuldigte nicht bekennt. Hierin weicht sie von der Bamb. ab, welche (Art. 80) auch im Falle der Beweisung noch Tortur eintreten läßt, um ein Geständniß zu erlangen, was offenbar ganz inconsequent war. Von Eid und Urkunden schweigt die peinliche Gerichtsordnung gänzlich.

---

34) Biener a. a. O. S. 34 u. 49.

35) Man s. Wächter im neuen Archiv des Cr.-R. neue Folge, Jahrg. 1834. S. 82 flg. und Birnbaum das. J. 1835. S. 122 flg.

36) Man s. Biener S. 154 flg. und Roßhirt a. a. O. S. 263 flg.

37) Man s. hierüber Biener a. a. O. S. 156 flg.

38) Dieß geschah auch in dem Note 33 erwähnten Privilegium.

Die Doctrin nach der peinlichen Gerichtsordnung nahm anfangs auf diese gar keine Rücksicht, sondern hielt sich nur an die italienischen Schriftsteller, wodurch sie hinsichtlich des Beweissystemes keine neuen Ansichten gewinnen konnte, da auch die peinliche Gerichtsordnung aus derselben Quelle geschöpft hatte. Eine Veränderung in diesem Systeme der peinlichen Gerichtsordnung, welches reichsgesetzlich unverändert blieb, trat erst in späterer Zeit dadurch ein, daß a) der Inquisitionsprozeß, worüber die peinliche Gerichtsordnung nur wenig (Art. 6—10) enthält, indem die Auseinandersetzungen derselben über Indicien, Tortur, Zeugenbeweis ꝛc. nur für den Anklageprozeß bearbeitet sind, zur ausschließlichen Prozeßart wurde, indem die Anklageform nur hier und da bei schwereren Verbrechen als bloße Feierlichkeit (z. B. bei dem sogenannten fiscalischen Prozesse) stehen blieb; daß b) die Ansicht entstand, im peinlichen Prozesse handele es sich um materielle Wahrheit, um unveräußerliche Rechte, und sei deßhalb jeder Verzicht des Angeschuldigten ausgeschlossen, und daß c) die Tortur in allen Ländern aufgehoben wurde, wodurch das Beweissystem der peinlichen Gerichtsordnung eine wesentliche Erschütterung erlitt, da es hauptsächlich auf die Tortur gebaut ist [39]). Diese Veränderung gehört der jetzt geltenden Beweistheorie an, welche gemeinrechtlich auf dem römischen und canonischen Rechte und auf der peinlichen Gerichtsordnung, als ihren unmittelbaren, sowie auf Doctrin und Praxis, als ihren mittelbaren Quellen, beruht.

II. Erforschung der Wahrheit im Strafprozesse überhaupt [40]).

1) Jedes gerichtliche Verfahren behufs einer Urtheilsfällung bezweckt die Erforschung der Wahrheit solcher Thatsachen, welche zum Wesen des Rechtsverhältnisses gehören, worüber das Gericht eben erkennen soll. Hierin stimmen der Civil- und Criminalprozeß mit einander völlig überein. Die Verschiedenheit beider Prozesse in Bezug auf die Erforschung der Wahrheit wird lediglich durch die Verschiedenheit des Gegenstandes begründet, auf welchen sich das Rechtsverhältniß in dem einen und dem anderen Prozesse bezieht. Das Criminalrechtsverhältniß, in welches Jemand durch ein Verbrechen nach der jetzigen Ansicht zum Staate tritt (verfällt), hat nämlich als solches (abgesehen von den damit etwa verbundenen civilrechtlichen Folgen — den obligationes privatae ex delicto) die Verminderung oder Entziehung solcher Rechte, welche dem bürgerlichen Verkehre entzogen, also unveräußerlich [41]) sind, zum Gegenstande. Durch das Verbrechen

---

39) And. Mein. ist Roßhirt in der Zeitschrift für Civil- und Cr.-R. Bd. II. S. 163 flg.

40) Man vergl. Tittmann, Handbuch Bd. III. §. 820. Martin, Lehrb. §. 66 flg. Mittermaier, Strafverf. §. 80. Müller, Lehrbuch §. 93 flg. Jarcke im neuen Archiv des Cr.-R. Bd. VIII. S. 98 flg. Weber das. S. 557 flg.

41) Die Verminderung oder Entziehung veräußerlicher Rechte ist in Wahrheit keine Criminal- (peinliche) Strafe.

wird der Thäter ex lege verbindlich, sich dieser Verminderung oder Entziehung in der gesetzlich bestimmten Quantität und Qualität zu unterwerfen. Wie nun der Staat auf der einen Seite die Geltendmachung dieser Criminalobligation nicht unterlassen darf, wenn er nicht durch die Machtlosigkeit der Gesetze seinen eigenen Untergang herbeiführen will, so darf er auf der anderen auch der Sphäre der unveräußerlichen Rechte des Verbrechers nicht mehr entziehen, als dieser in der That nach den Gesetzen verschuldet (verwirkt) hat, weil die Ueberschreitung des gesetzlichen Maßes, wenn sie nicht gesetzwidrige Gewaltthätigkeit, mithin selbst ein Verbrechen sein soll, nur durch die Zustimmung des Schuldigen, also durch freiwilliges Aufgeben des nicht verwirkten Mehr — durch Verzicht gerechtfertigt werden könnte, dieser aber, als eine Veräußerung nach Civilrechtsnormen, wegen der rechtlichen Unveräußerlichkeit des Objectes nichtig und wirkungslos wäre, weil mithin jene Ueberschreitung stets als bloße Gewaltthätigkeit erscheinen würde, die sich um so weniger rechtfertigen ließe, als der Staat die Pflicht hat, auch den Verbrecher gegen jede gesetzwidrige Verletzung seiner Rechte mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu schützen.

Diese rechtliche Beschaffenheit des Objectes der Criminalobligation ist der Rechtsgrund aller vom Civilprozesse[42]) abweichenden Eigenthümlichkeiten des Strafprozesses; sie macht es dem Staate nicht blos zur Pflicht, wegen Verfolgung jener Obligation von Amtswegen, sei es durch Inquisition oder öffentliche Anklage, einzuschreiten, sondern legt ihm auch die Verbindlichkeit auf, das Criminalverfahren so einzurichten, daß es auf die möglich beste Art geeignet sei, die wirkliche Wahrheit aller dem zur Sprache gebrachten Criminalrechtsverhältnisse zum Grunde liegenden und darauf bezüglichen Thatsachen herzustellen und auf diese Weise ebenso den wirklich Schuldigen auszumitteln, als den Unschuldigen vor ungerechter Strafe zu schützen. Im Strafprozesse darf also die Erforschung der Wahrheit in keiner Weise von der Willkür der Privaten abhängig gemacht werden, sondern es ist von Staatswegen dafür zu sorgen, daß sich die Wahrheit selbst gegen den Willen der Betheiligten als zweifelloses Endresultat des Verfahrens ergebe. Im Strafprozesse handelt es sich demnach um die Erforschung der wirklichen (materiellen) und nicht blos formellen Wahrheit, welche letztere im Civilprozesse wegen des Princips des Verzichtes genügt. Damit ist nicht gesagt, als sei das Streben im Civilprozesse nicht auch auf wirkliche Wahrheit gerichtet und die Form im Criminalprozesse bedeutungslos, sondern der Unterschied liegt darin, daß dort die Form der letzte Grund der Wahrheit, hier aber nur ein Mittel ist, die wirkliche Wahrheit desto sicherer ausfindig zu machen.

2) Da es sich im Strafprozesse um die Erforschung der materiel-

---

42) Man sehe Mittermaier, die Lehre vom Beweise §. 5. Bauer, Lehrb. §. 103.

len Wahrheit von Thatsachen handelt, so fragt es sich zunächst, wann eine Thatsache materiell wahr sei? Rein objectiv aufgefaßt ist jede That materiell wahr, welche sich wirklich ereignet hat, und umgekehrt ist auch eine negative Thatsache (das Nichtsein eines Factums) materiell wahr, wenn sich die Thatsache wirklich nicht ereignet hat. Der Begriff der materiellen Wahrheit bezieht sich demnach sowohl auf das Sein (positive Wahrheit), als das Nichtsein einer Thatsache (negative Wahrheit). Allein die rein objective Wahrheit ist für uns erst dann vorhanden und von Bedeutung, wenn wir uns derselben auch bewußt geworden sind und sie als solche auch erkannt haben. Daher muß die objective Wahrheit (das äußere positive oder negative Factum) erst mit dem Bewußtsein eines Subjects dergestalt in Verbindung gebracht werden, daß dieses durch die Denkgesetze genöthigt wird, das objectiv Wahre auch für wahr zu halten. Diese geistige Nöthigung tritt aber nur ein, wenn sich alle Momente, welche die Thatsache wirklich herbeigeführt haben, in derselben Weise, wie sie in der That äußerlich wirksam waren, dem Bewußtsein als wirklich vorhanden darstellen. Denn jedes äußere Ereigniß ist ein nothwendiges Resultat von der Wirksamkeit physischer Gesetze, von einer Verkettung von Ursachen und Wirkungen ꝛc. Die negative Thatsache wird subjectiv dadurch erkannt, daß sich dem Bewußtsein die Momente, welche allein den Gegensatz vom Nichtseienden bewirken konnten, als in der That nicht vorhanden darstellen. Dadurch nun, daß das objectiv Wahre auch im Bewußtsein eines Menschen als wirklich seiend erkannt und so zugleich subjectiv wahr wird, entsteht der Begriff von Gewißheit, welche eben in der subjectiv gewordenen objectiven (materiellen) Wahrheit, oder in den im Bewußtsein als wirklich vorhanden erkannten Momenten (Gründen) besteht, welche in ihrer Gesammtheit die Nothwendigkeit einer Thatsache bedingen. Die Gewißheit, bezogen auf das sie besitzende Subject, heißt auch Ueberzeugung. Auf diese Weise erscheint die Erforschung der Wahrheit nur als ein Streben, die Gründe, welche das Sein oder Nichtsein einer Thatsache bedingen, zum Bewußtsein derer zu bringen, welche nach vollendetem Strafprozesse das Urtheil zu fällen haben, mithin als eine Ermittelung der Gewißheit.

3) Eine Thatsache heißt demnach gewiß, wenn die vorhandenen Gründe in uns die Vorstellung von ihrer Wirklichkeit dergestalt erzeugen, daß die Möglichkeit des Gegentheiles nach den physischen Gesetzen (dem Laufe menschlicher Dinge) ausgeschlossen wird. Man unterscheidet gewöhnlich verschiedene Arten von Gewißheit; z. B. objective und subjective, je nachdem die Gründe der Gewißheit in dem Objecte oder in dem Subjecte liegen; die moralische und historische, je nachdem sie blos auf Vernunftschlüssen oder auf glaubwürdiger Erzählung Anderer beruht ꝛc. Allein diese und ähnliche Abtheilungen sind theils unhaltbar, wenn man, wovon im Strafprozesse allein die Rede sein kann, sie auf die Gewißheit der Thatsachen bezieht, indem z. B. keine solche blos durch Vernunft-

schlüsse erlangt werden kann, und theils ohne eigentlichen theoretischen oder practischen Nutzen. Sie betreffen größtentheils die Art und Weise zur Gewißheit der Thatsachen zu gelangen, wovon aber der Begriff von Gewißheit ganz unbhängig ist. Man nennt die Gewißheit eine rechtliche oder juristische, wenn die Gründe derselben nach den Rechtsgesetzen genügend sind, die fragliche Thatsache als gewiß anzunehmen. Der Begriff der criminalrechtlichen Gewißheit[43]) insbesondere ist hiernach von selbst klar. Nur darf man diese nicht etwa als Gegensatz der civilrechtlichen oder formellen Gewißheit auffassen, da weder die civilrechtliche Gewißheit überhaupt oder auch nur der Regel nach die materielle Wahrheit, noch die criminalrechtliche die Form ausschließt.

4) Der Begriff der criminalrechtlichen Gewißheit setzt positiv rechtliche Normen, welche bei der Erforschung und Beurtheilung der Wahrheit der Thatsachen von dem (untersuchenden und erkennenden) Richter befolgt werden müssen, d. i. eine gesetzliche Beweistheorie[44]) voraus, von welcher man noch die natürliche unterscheidet, obwohl die gesetzliche in Wahrheit keinen anderen Zweck hat, als eben die natürliche, d. i. auf Verstand und Erfahrung beruhende Beweistheorie durch positive Sanction gegen Mißbrauch ꝛc. sicher zu stellen, und daher ein innerer Unterschied zwischen der natürlichen und gesetzlichen Beweistheorie nicht obwalten kann. Man hat die Zweckmäßigkeit einer solchen gesetzlichen Theorie bestritten, weil sie leicht durch positive Beweisnormen die Unschuld und durch negative die bürgerliche Sicherheit gefährde, und bei der Unmöglichkeit, das subjective Ermessen der Richter ganz auszuschließen, doch nie vollständig gelingen könne. Allein der Mangel aller und jeder Beweisvorschriften ist für die Unschuld und die Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger gefährlich, als eine positive Beweistheorie, welche das subjective Ermessen des Richters völlig ausschließen wollte. Betrachtet man dagegen eine solche Beweistheorie lediglich als eine negative Begrenzung des subjectiven richterlichen Ermessens, so daß der Richter keine Thatsache als gewiß annehmen darf, welche nicht wenigstens auf die gesetzlich erfoderliche Weise bewahrheitet ist, ohne daß er durch dieselbe genöthiget wird, die nach den Gesetzen formell genügend erwiesene Thatsache unbedingt als wahr anzunehmen, so kann die Zweckmäßigkeit derselben wohl nicht mit Grund in Abrede gestellt werden. Eine andere Bedeutung kann eine gesetzliche Beweistheorie im Strafprozesse schon deßhalb nicht wohl haben, weil es sich in demselben um materielle Wahrheit handelt, deren

---

43) Diese Bezeichnung tadelt z. B. Tittmann, Handbuch III. §. 822. man s. aber Stübel, Criminalverf. II. §. 673. Martin, Lehrb. §. 68. und Müller, Lehrb. §. 96.

44) Man sehe Mittermaier, Strafverf. §. 81 u. 150. Lehre vom Beweise §. 10. und im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. XII. S. 488 flg. Abegg, Lehrbuch des gem. teutschen Criminalproz. Königsberg 1833. §. 99. Bauer, Lehrbuch §. 104. Müller, Lehrb. §. 96. Note 4. Vergl. auch Hefftter, Lehrb. des Criminalr. §. 107.

Ermittelung durch so mannigfaltige Verhältnisse bedingt ist, daß es als rein unmöglich erscheint, dieselben durch positive Normen im Voraus zu erschöpfen.

5) Der Gewißheit, die in ihrem wahren Begriffe keine Abstufungen oder Grade zuläßt[45]), steht die Ungewißheit gegenüber, welche im Allgemeinen vorhanden ist, wenn die Gründe, welche für das Sein einer Thatsache sprechen, nicht so beschaffen sind, daß sie in unserer Vorstellung die Nothwendigkeit von ihrer Wirklichkeit zu erzeugen vermögen. Die Ungewißheit hat im Verhältnisse zur Gewißheit drei Grade[46]); sie ist a) Wahrscheinlichkeit, wenn mehr Gründe für das Sein, als für das Nichtsein einer Thatsache vorhanden sind[47]); b) Unwahrscheinlichkeit im entgegengesetzten Falle und c) Zweifelhaftigkeit, wenn das Sein einer Thatsache ebenso viel Gründe für sich hat, als das Nichtsein derselben. Die Wahrscheinlichkeit läßt wieder ebenso viele Abstufungen von der Gewißheit bis zur Zweifelhaftigkeit zu, als die Unwahrscheinlichkeit von der Zweifelhaftigkeit bis zur Gewißheit des Gegentheiles. Uebrigens ergibt sich schon aus den Begriffen, daß auch der höchste Grad von Wahrscheinlichkeit noch nicht als criminalrechtliche Gewißheit betrachtet werden könne, wenn man nicht, wie es wirklich, jedoch ohne zureichenden Grund[48]), geschehen ist, die historische Gewißheit überhaupt, zu welcher die criminalrechtliche gehört, nur als einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit betrachten und der mathematischen Gewißheit, die im Criminalprozesse nur ausnahmsweise erreichbar ist, entgegensetzen will.

6) Da die criminalrechtliche Gewißheit Thatsachen zum Gegenstande hat, so kann man zu derselben nur durch sinnliche Wahrnehmung gelangen, welche sowohl objectiv als subjectiv von zweifacher Art sein kann. Man nimmt nämlich a) objectiv entweder die Thatsachen, um deren Gewißheit es sich handelt, selbst wahr, oder andere, von welchen man wegen des mehr oder weniger engen Zusammenhanges auf die Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit der ersteren schließen kann. b) Subjectiv geschieht die Wahrnehmung entweder von demjenigen selbst, welcher die Gewißheit erhalten soll, d. i. vom Richter, oder durch Andere, welche dem Richter das Wahrgenommene erzählen. Die erstere nennt man die unmittelbare und die letztere die mittelbare Wahrnehmung; eine Unterscheidung, welche nur da gegründet ist, wo der Untersuchungsrichter zugleich das Erkenntniß fällt. Denn in allen Fällen, wo, wie es in den meisten teutschen Ländern geschieht, der erkennende Richter nicht selbst die Untersuchung führt, und in der höheren Instanz, wo jedenfalls ein anderes Gericht

---

45) Jarcke a. a. O. S. 112. Tittmann, Handb. III. §. 826.

46) Tittmann, Handb. III. §. 823. Müller, Lehrb. §. 96. Vgl. auch Stübel, Criminalverf. II. §. 674 flg. u. Mittermaier, Strafverf. §. 80.

47) Wie die Gewißheit Ueberzeugung begründet, so begründet die Wahrscheinlichkeit nur eine Vermuthung für das Sein einer Thatsache.

48) Müller, Lehrb. §. 96. Note 3.

urtheilt, ist auch die Wahrnehmung des Untersuchungsrichters bei dem Augenscheine in Bezug auf den eigentlichen Richter, welcher nämlich die Gewißheit erlangen soll, weil er zu erkennen hat, nur eine mittelbare, deren größere Glaubwürdigkeit nicht in der Sache selbst, sondern in dem amtlichen Character des Richters, sonach in der Form und wohl auch darin liegt, daß dieser, da er die Wahrnehmung beabsichtigt, mit größerer Aufmerksamkeit beobachtet, als es Dritte in der Regel zu thun pflegen, und daß er seine Wahrnehmung sogleich urkundlich macht, während Dritte meistens erst lange nach der Wahrnehmung das Wahrgenommene erzählen.

III. Begriff des Beweises.

Auch im Strafprozesse wird, wie in dem Civilprozesse (s. den vor. Art. Nr. I.), das Wort Beweis in verschiedener Bedeutung gebraucht. Dem allgemeinen Begriffe gemäß ist zwar der Beweis auch hier der zureichende Grund für die Wahrheit einer Thatsache, die jedoch nicht gleichförmige Theorie faßt ihn aber im weiteren und engeren, im subjectiven und objectiven Sinne auf. Im weiteren Sinne nennt sie Beweis den Inbegriff der Gründe für die Wahrheit einer Thatsache, im engeren Sinne aber das Dasein aller Gründe, durch welche die Gewißheit einer Thatsache bedingt ist[49]). In diesem letzteren Sinne ist er mit dem aufgestellten allgemeinen Begriffe völlig gleichbedeutend. Andere[50]) verstehen aber unter Beweis im engeren Sinne blos den Inbegriff derjenigen Gründe für die Gewißheit einer Thatsache, welche nicht vom Angeschuldigten oder dem Gerichte herrühren, und wieder Andere[51]) diejenigen Gründe, welche durch die Verhandlung der Parteien im Anklageprozesse nach der Analogie des Civilprozesses beigebracht werden. Bauer[52]) faßt den Beweis im weiteren Sinne wieder im objectiven, in welchem er den eben angeführten Begriff im weiteren Sinne aufstellt, im formalen, als Beweisaufnahme und Beweisführung, und im subjectiven Sinne auf, in welchem er ihm das Bewußtsein der Gründe für die Wahrheit einer Thatsache ist. Der gemeinen Meinung und der Praxis zufolge bezeichnet demnach das Wort Beweis[53]) im weiteren Sinne sowohl a) Beweisung (Beweisführung), als b) das Resultat derselben (den erbrachten Beweis), ohne Rücksicht darauf, ob dieses für die Gewißheit genügend ist oder nicht. Gewährt dasselbe Gewißheit (vollen Beweis), so heißt es Beweis im engeren Sinne, oder eigentlich in seiner wahren begrifflichen Bedeutung.

---

49) Man s. z. B. Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechtes (12. Ausgabe 1836.) §. 566. Bauer, Lehrb. §. 95 u. 96. Müller, Lehrb. §. 96.
50) Z. B. Tittmann, Handb. III. §. 824. vgl. mit §. 838.
51) Z. B. Stübel a. a. O. §. 1090.
52) A. a. O. Vergl. auch Stübel a. a. O. §. 1085.
53) Vergl. Mittermaier, Strafverf. §. 81.

IV. Beweismittel und Beweisgründe[54]). — Beweiskraft.

Die Doctrin unterscheidet auch hier, wie im Civilprozesse (s. den vor. Art. Nr. II.), zwischen Beweismitteln und Beweisgründen; nur Martin[55]) vermeidet beide Ausdrücke absichtlich, theils wegen deren Beschränkung im Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung, theils weil manche Rechtslehrer solche nur auf Gewißheit beziehen; er gebraucht dafür den Ausdruck Kenntnißquellen. Nirgends wird ein genauer innerer oder begrifflicher Unterschied zwischen Beweismittel und Grund angegeben. Wenn z. B. Mittermaier[56]) Beweismittel dasjenige nennt, worauf der Richter die Gewißheit von der Wahrheit einer Thatsache bauen darf, und dann sagt, daß man in mancher Hinsicht Beweisgrund, und zwar factischen und juristischen, von dem Beweismittel trennen könne, so begreift man schwerlich, was denn der Beweisgrund eigentlich sei, da schon auf das Beweismittel die Gewißheit gebaut, d. h. gegründet wird; man müßte denn die im vorigen Artikel schon erwähnten Distinctionen Gensler's, auf den Mittermaier sich auch bezieht, hier geltend machen wollen, über deren Unhaltbarkeit und Nutzlosigkeit wir uns bereits in dem angeführten Art. erklärt haben. Wenn ferner z. B. Bauer[57]) die Gründe für die Gewißheit Beweisgründe und die Beweismittel die Mittel nennt, durch welche man zur Kenntniß der Beweisgründe gelangt, und unter den letzteren z. B. das Geständniß namhaft macht, so möchte man wohl fragen, welches denn der Beweisgrund sei, den dieses Mittel gewährt? Vielleicht der Inhalt des Geständnisses? Aber gibt es denn überhaupt ein Geständniß, welches neben seinem Inhalte noch bestände und als Beweismittel von diesem, als Beweisgrund unterschieden werden könnte? Man wird dagegen nicht etwa behaupten wollen, daß das Geständniß auch Irrelevantes enthalten könne und nur der relevante Inhalt der Beweisgrund sei, da zwar das Protocoll, welches über das Geständniß aufgenommen worden, allerdings auch Irrelevantes enthalten mag, dieses aber kein Geständniß ist, welches seinem Wesen nach Relevantes betreffen muß. Es bleibt daher für das Beweismittel in diesem Falle nichts übrig, als der Act des Gestehens, welchen z. B. Müller[58]) wirklich das Mittel nennt, aber dennoch das Geständniß selbst wieder als Beweismitttel behandelt. Ueberhaupt unterscheiden alle Rechtslehrer blos im Eingange der Beweislehre zwischen Beweismittel und Beweisgrund; denn in der Darstellung selbst handeln sie sämmt-

---

54) Vergl. Tittmann, Handb. III. §. 842. Mittermaier, Strafverf. §. 82 u. 151. und Lehre vom Beweise §. 15. Bauer, Lehrb. §. 106. Müller, Lehrb. §. 97.

55) Lehrb. §. 66. Note 15. u. 68.

56) Strafverf. §. 82.

57) §. 106.

58) §. 97. Note 2. vergl. mit §. 98 flg.

lich blos von den einzelnen Beweismitteln, und zwar so erschöpfend, daß für die anfangs gesonderten Beweisgründe, deren sie auch im Verfolge der Beweislehre weiter nicht mehr erwähnen, gar nichts übrig bleibt. Je mehr demnach der ganze Unterschied zwischen Beweismittel und Grund in bloßen Worten besteht, desto müßiger ist auch die Frage[59]), ob die Anzeichen (Indicien) Beweisgründe oder Mittel, oder von beiden als Thatsachen, aus denen sich Beweisgründe ableiten lassen, zu unterscheiden seien? Denn es ist in der That ziemlich einerlei, ob man durch die erwiesenen Anzeigen (als Prämissen des künstlichen Beweises) die Schlußfolgerung vermittelt oder begründet!

Was man von dem Beweismittel als Grund unterscheidet, ist in Wahrheit auch im Strafprozesse nicht ein neben dem Ersteren bestehendes materiell Selbstständiges, sondern blos der rechtliche Werth, die Beweiskraft des Beweismittels, das Urtheil darüber, ob und inwieweit das gebrauchte Mittel die Wahrheit einer Thatsache überhaupt und insbesondere im concreten Falle zu begründen, d. i. zu erweisen vermöge. Man kann daher, der Natur der Sache und der Logik gemäß, die Beweismittel selbst als die Gründe für die Wahrheit der Thatsachen auffassen, insofern sie eben die Gründe sind, welche in unserem Bewußtsein die Gewißheit vermitteln oder hervorbringen sollen. Hiernach würde man freilich nicht den Zeugen, sondern das Zeugniß, nicht den Angeschuldigten, sondern das Geständniß, und nicht den Richter, sondern den Augenschein Beweismittel nennen müssen, wie auch wirklich die Rechtslehrer, außer Gensler[60]), in der Regel das Geständniß und den Augenschein Beweismitttel nennen und nur hinsichtlich des Zeugenbeweises die Inconsequenz begehen, daß sie nicht das Zeugniß, sondern die Zeugen als Beweismittel aufführen. Gensler ist hierin wenigstens consequent und hat eben durch die consequente Durchführung des Unterschiedes zwischen Beweismittel und Grund, freilich gegen seine Absicht, die Nutzlosigkeit dieses Unterschiedes am Klarsten dargethan. Und in der That, gelangt man denn z. B. durch das Geständniß, das Zeugniß, den Augenschein ꝛc. erst zu den Beweisgründen, oder sind sie nicht vielmehr in Wahrheit eben die Beweisgründe selbst, welche nun der erkennende Richter nach den einschlägigen Erfahrungs- und Rechtsprincipien, dem rechtlichen Werthe oder der Beweiskraft nach, zu würdigen hat? Nach unserer Ansicht besteht sodann auch die Beweisaufnahme nicht in dem Gebrauche, sondern in dem Sammeln oder Herbeischaffen der Beweismittel oder Gründe.

Ueber die Zahl der Beweismittel herrschen ebenfalls verschiedene Meinungen, indem man z. B. bald das Geständniß und die eigene

---

59) Man sehe weitläufig über diese Frage Müller, Lehrb. §. 97. Note 2. vergl. mit Bauer, Lehrb. §. 106.

60) Im Archiv für civil. Pr. Bd. I. S. 28 flg.

Wahrnehmung des Richters[61]), bald die Anzeigen[62]), bald den Eid[63]) von den Beweismitteln ausschließt und das Gutachten der Sachverständigen mit dem Augenschein zusammenfaßt[64]). Daß Geständniß und Augenschein Beweismittel seien, ist jetzt anerkannt; sie wurden blos aus ähnlichen Gründen ausgeschlossen, aus welchen eine gleiche Ausschließung im Civilprozesse stattfindet, und zum Theil auch deßhalb, weil in der peinlichen Gerichtsordnung der Beweis dem Geständnisse entgegengesetzt wird. Die Anzeigen sind an sich keine Gründe für die Gewißheit der zu beweisenden Thatsachen, sondern selbst, wie diese, Gegenstand der Bewahrheitung, welche durch jedes Beweismittel erfolgen kann; wenn sie aber erwiesen sind, so können sie für den urtheilenden Richter als die factische Grundlage der Schlußfolgerung mittelbare Gründe für die Gewißheit der eigentlichen Beweisgegenstände werden. Daher sind die Anzeigen nur für den urtheilenden Richter Beweismittel, für den Untersuchungsrichter dagegen Thatsachen, für welche er ebenso, wie für die Thatsachen, auf deren Gewißheit es bei der Urtheilsfällung allein ankommt, die Beweismittel zu sammeln und urkundlich bleibend zu machen hat. Der Eid ist vermöge seiner Natur kein wirklicher Grund für die materielle Wahrheit einer Thatsache, da er blos in einer subjectiven, durch Eid verstärkten Bestätigung des Seins oder Nichtseins einer Thatsache besteht, aus welcher ein objectiver Grund für das Eine oder Andere durchaus nicht abgeleitet werden kann. Die Eidesauflage ist zudem nur ein Compromiß auf die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden und darum mit dem Principe des Criminalprozesses, wornach es sich in diesem um materielle Wahrheit handelt und darum jeder Verzicht sowie überhaupt jedes blos subjective Fürwahrhalten ausgeschlossen ist, völlig unvereinbar. Neuere Landesgesetze haben daher den Eid als selbstständiges Beweismittel mit Recht theils stillschweigend, theils ausdrücklich aufgehoben. Gemeinrechtlich besteht er jedoch theils als Mittel, den Thatbestand z. B. beim Diebstahl zu vervollständigen, theils als sogenannter nothwendiger Eid. Die Befundscheine und Gutachten der Sachverständigen betreffen ganz andere Gegenstände, als welche der Richter durch seine Sinneswahrnehmung beurkundet, und sind darum allerdings ein besonderes selbstständiges Beweismittel.

Es gibt demnach gemeinrechtlich folgende Beweismittel[65]): 1) richterlicher Augenschein; 2) Befund und Gutachten der Sachverständigen; 3) Geständniß des Angeschuldigten; 4) Zeugniß; 5) Urkunden, welche jedoch da, wo sie nicht den objectiven Thatbestand selbst bilden, kein selbstständiges Beweismittel sind, sondern nur ein anderes

---

61) Z. B. Tittmann, Handb. III. §. 824 u. 842.
62) Z. B. Bauer, Lehrb. §. 106.
63) Z. B. Müller, Lehrb. §. 162 u. 163.
64) Z. B. Bauer a. a. O.
65) Diese dürfen mit den sogen. Wahrheitserforschungsmitteln (media eruendae veritatis), d. i. den Mitteln, ein Geständniß zu erlangen (Tortur, Territion, Confrontation, Reinigungseid), nicht verwechselt werden.

(z. B. Geständniß, Zeugniß ꝛc.) enthalten; 6) Eid und 7) für den erkennenden Richter auch die Anzeigen, welche dagegen für den Untersuchungsrichter Gegenstand der Bewahrheitung sind.

Die Beweiskraft ist ihrem Begriffe nach von der im Civilprozesse nicht verschieden (s. den vorigen Art. Nr. II.); sie ergibt sich im speciellen Falle aus der Vergleichung der factischen Beschaffenheit des Beweismittels mit den gesetzlichen Erfodernissen desselben.

V. Eintheilungen oder Arten des Beweises[66]).

Man theilt auch den Criminalbeweis nach verschiedenen Gesichtspuncten ab; nämlich 1) nach dem Gegenstande, welchen er betrifft, in Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweis (probatio accusationis [offensiva s. aggressiva] et excusationis s. exculpationis [defensiva]). Jener hat solche Thatsachen zum Gegenstande, welche sich auf die Verurtheilung beziehen; dieser hingegen solche, welche die Freisprechung oder wenigstens die Milderung, beziehungsweise Minderung der Strafe bezwecken. Während einige Rechtslehrer[67]) diese Abtheilung mit der in Beweis und Gegenbeweis identisch halten, unterscheiden Andere[68]) die letztere Abtheilung noch als eine besondere von der ersteren, indem sie die Eintheilung in Beweis und Gegenbeweis auf die Richtung der Beweisführung gründen und den Gegenbeweis als die Darstellung der Gründe für das Nichtsein derjenigen Thatsache, auf deren Dasein ein bereits geführter Beweis gerichtet ist, auffassen. Stübel theilt den Entschuldigungsbeweis in den directen und indirecten nach Feuerbach's Vorgang ab, worunter dieser den directen und indirecten Gegenbeweis versteht, und nimmt dennoch auch die Abtheilung in Beweis und Gegenbeweis auf. Es ist völlig gegnügend, wenn man blos Anschuldidungs- und Entschuldigungsbeweis oder Beweis und Gegenbeweis unterscheidet, da die ganze Beweisführung ihrem Gegenstande und Zwecke nach nur die zweifache Richtung, entweder gegen oder für den Angeschuldigten, haben kann, und Unterscheidungen, die nicht aus dem Wesen der Sache abgeleitet werden, mehr verwirren, als die Deutlichkeit fördern. Die Begriffe von Beweis und Gegenbeweis sind aus dem Civilprozesse entlehnt und müssen daher auch hier in derselben Weise, wie dort (s. den vor. Art. Nr. III.), aufgefaßt werden. Geschieht dieß, so ergibt sich von selbst, daß der Begriff des eigentlichen Gegenbeweises nicht, wie Stübel und Bauer behaupten, einen bereits geführten Beweis voraussetzen (was im Criminalprozesse um so weniger der Fall ist, als in diesem nicht, wie im Civilverfahren, ein bestimmter Zeitraum für die Beweisführung vorgeschrieben ist, sobald

---

66) Man sehe Tittmann, Handb. III. §. 839 flg. Stübel, Criminalverf. §. 1094 flg. Bauer, Lehrb. §. 97 flg.

67) Z. B. Feuerbach, Lehrb. §. 567 flg. Mittermaier, Strafverf. §. 151 u. 180.

68) Z. B. Stübel u. Bauer a. a. OO. u. Müller, Lehrb. §. 97. Note 3.

man von dem in seiner vollständigen ehemaligen Form nirgends mehr vorkommenden Anklageprozeß absieht), sondern die ganze Untersuchung, wie sich unten näher ergeben wird, nur als Anschuldigungs- oder Entschuldigungsbeweis-, oder als Beweis und Gegenbeweisaufnahme erscheint, und von einem bereits geführten Beweise, so daß gegen denselben nun eine besondere Gegenbeweisführung erst zu beginnen hätte, gar nicht die Rede sein kann. Der eigentliche Gegenbeweis sucht gerade das Gelingen des Beweises zu verhindern, also zu bewirken, daß er nicht erbracht oder vollführt werde. Daher gehört die Anfechtung der Beweiskraft derjenigen Gründe, worauf der Beweis ruht, die Bauer von dem Gegenbeweise unterschieden haben will, ebenfalls zum Gebiete dieses letzteren. Wenn Bauer ferner zur Begründung des Unterschiedes zwischen Entschuldigungs- und Gegenbeweis anführt, daß auch der Anschuldigungsbeweis die Natur eines Gegenbeweises haben könne, wie z. B. bei dem Beweise einer Einrede, so ist dagegen zu erinnern, daß dieser Gegenbeweis materiell doch wieder die Aufrechthaltung des Beweises bezweckt, der durch den Beweis der Einrede indirect wirkungslos gemacht werden soll, und daß er jedenfalls ebenso zum Anschuldigungsbeweis gehöre, wie jeder Versuch, diesen — sei es direct durch den sogenannten eigentlichen Gegenbeweis, oder indirect durch den Beweis von Einreden, Milderungsgründen ꝛc. — zu entkräften, in das Gebiet des Entschuldigungsbeweises falle. Im Untersuchungsprozesse, wo sich nicht zwei Parteien einander gegenüberstehen, welche Beweis und Gegenbeweis in bestimmten Fristen und Formen und durch formelle Beweisantretung und Production der Mittel zu führen haben, sondern der Inquirent von Amtswegen zu verfahren hat, ist es gerade für die Thätigkeit des Inquirenten am Klarsten, wenn man objectiv und der Richtung nach blos Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweis unterscheidet, indem er hiernach, ohne noch auf eine besondere Distinction zwischen Beweis und Gegenbeweis weiter zu achten, Alles, was für oder gegen den Angeschuldigten vorliegt oder im Laufe des Verfahrens in Anregung gebracht wird, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln als materiell wahr oder unwahr zu begründen hat.

2) Nach der Art, wie die Wahrheit erkannt wird[69]), ist der Beweis entweder ein natürlicher (unkünstlicher, unmittelbarer, directer, historischer), oder künstlicher (mittelbarer, indirecter, philosophischer, rationaler), (prob. naturalis s. inartificialis v. artificialis), je nachdem er die Thatsachen, welche zum Umfange der Anschuldigung oder Entschuldigung gehören, selbst, oder andere Thatsachen zum Gegenstande hat, von welchen auf die Wahrheit der ersteren geschlossen werden kann. Stübel nennt die gebrauchte Bezeichnung dunkel

---

69) Tittmann, Handb. III. §. 839. Stübel, Criminalverf. §. 1099. Martin, Lehrb. §. 66. Mittermaier, Strafverf. §. 102. Abegg, Lehrb. §. 92 u. 132. Bauer, Lehrb. §. 100. Müller, Lehrb. §. 97. Note 3. Weber im neuen Archiv des Criminalr. Bd. III. S. 102 flg.

und unpassend, weil auch unkünstlicher Beweis, z. B. der Zeugenbeweis, mittelbar sei und auf mehreren Schlüssen beruhe. Allein die Schlüsse bei dem natürlichen Beweise beziehen sich blos auf das Beweismittel, namentlich auf dessen Beweiskraft; bei dem künstlichen Beweise ist dagegen außerdem noch ein Schließen von dem Erwiesenen auf das Unerwiesene nothwendig, um zu ermessen, ob und inwiefern sich dieses, obgleich an sich unerwiesen, nicht dennoch folgerungsweise aus jenem als wahr ergebe. Da eine solche Schlußfolgerung bei dem natürlichen Beweise gar nicht vorkommen kann, und man bei dem künstlichen nicht auf dem natürlichen Wege der sinnlichen Wahrnehmung zur Gewißheit gelangt, sondern diese allerdings auf künstliche Art ermittelt, so ist der Unterschied dieser Beweise ebenso gegründet, als die Benennung derselben sachgemäß. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß das Wort Beweis hier in der Bedeutung von Beweisführung zu nehmen sei, und daß die Schlußfolgerung durch den erkennenden Richter geschehen müsse, der untersuchende dagegen blos für die Thatsachen, welche bei derselben die Prämissen bilden, die Beweise zu sammeln habe. Man nennt diese Thatsachen auch Anzeigen, Indicien (s. diesen Art.), weil sie vermöge ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit auf die zu bewahrheitenden Thatsachen hinweisen oder mit diesen in einer inneren Verbindung stehen, und den künstlichen Beweis deßhalb auch Anzeigen- oder Indicienbeweis.

3) Nach der Zahl der Beweismittel, durch welche die Gewißheit von einer bestimmten einzelnen Thatsache bewirkt wird, ist der Beweis ein einfacher oder zusammengesetzter (prob. simplex v. composita)[70]), je nachdem diese Gewißheit durch eine einzige Gattung von Beweismitteln, z. B. durch Zeugniß, oder erst durch die Zusammenwirkung mehrerer Gattungen, wovon eine einzige in ihrer speciell vorliegenden Beschaffenheit für sich allein zur Begründung derselben nicht genügt, erreicht wird. Es gehört also wesentlich zum Begriffe des zusammengesetzten Beweises, daß keines der denselben bildenden Beweismittel für sich allein schon volle Gewißheit begründe. Wird daher irgend eine Thatsache, welche bereits durch eine einzige Gattung von Beweismitteln vollständig erwiesen ist, auch noch durch andere Beweismittel bewahrheitet oder wahrscheinlich gemacht, so ist kein zusammengesetzter Beweis, sondern eine harmonirende Concurrenz von Beweisen vorhanden, welche in den meisten Fällen eintritt und natürlich die Gewißheit noch mehr begründet. 4) Endlich ist der Beweis, als Ergebniß der Beweisführung aufgefaßt, entweder ein vollständiger oder unvollständiger (prob. plena v. minus plena), je nachdem dieses Ergebniß in criminalrechtlicher Gewißheit oder nur in einem mehr oder weniger hohen Grade von

---

70) Mittermaier, Strafverf. §. 179. Kleinschrod im neuen Archiv des Criminalr. Bd. IV. S. 556 flg. siehe auch das Cr.-Arch. neue Folge, Jahrg. 1838. S. 516 flg.

Wahrscheinlichkeit besteht[71]). Der vollständige Beweis läßt so wenig als die Gewißheit selbst, mit welcher er, als deren zureichender Grund, in Eins zusammenfällt, Grade zu; dagegen wird der unvollständige Beweis nach den Hauptgraden der Ungewißheit in halben, mehr als halben und weniger als halben abgetheilt. Ueber die Begriffe dieser Unterarten herrscht dieselbe Unbestimmtheit, wie im Civilprozesse (s. den vor. Art. Nr. III.). Will man diese Begriffe nicht nach den Resultaten der unvollkommenen Beweisführung als Zweifelhaftigkeit, Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit auffassen, so hat der halbe Beweis auch den Sinn, daß nach der gesetzlichen Beweistheorie zur vollen Gewißheit gerade noch so viel Gründe erfoderlich wären, als durch denselben erbracht worden sind; woraus sich die Begriffe des mehr und des weniger als halben Beweises von selbst ergeben.

VI. Gegenstand des Beweises[72]). — Beweissatz.

Gegenstand des Beweises (der Beweisung) ist im Allgemeinen jede, nicht schon völlig gewisse Thatsache, welche zum Umfange der Anschuldigung oder der Entschuldigung gehört, oder mittel- oder unmittelbaren Einfluß auf jene oder diese hat.

A) Zum Umfange der Anschuldigung gehören folgende Gegenstände: 1) der (objective) Thatbestand des Verbrechens, auf welches die Anschuldigung gerichtet ist, mit allen Merkmalen und Umständen, welche zum gesetzlichen Begriffe desselben gehören, oder außerdem auf die Bestrafung Einfluß haben; 2) die Art und der Umfang der physischen oder intellectuellen Thätigkeit des Angeschuldigten zu, bei oder nach der Verübung der verbrecherischen That, seine Urheberschaft, Theilnahme oder Begünstigung, mit allen Umständen, welche von Einfluß auf die Strafbestimmung sind, und 3) die Art und der Umfang der Verschuldung des Angeschuldigten. Die besonderen Verhältnisse, welche in den einzelnen Fällen in Betracht kommen, sind aus dem Criminalrechte zu entnehmen. So ist z. B. bei dem Thatbestande solcher Verbrechen, welche in mehrere Gattungen und Arten zerfallen, besonders auch zu ermitteln, welche Gattung oder Art das in Frage stehende sei, und zu dem Ende jeder Umstand, z. B. die Beschaffenheit der Absicht und des Gemüthszustandes des Thäters (z. B. ob Mord oder Todtschlag vorhanden), seines Verhältnisses zu der Person, an welcher er das Verbrechen verübt hat (z. B. bei dem Verwandtenmord, der Blutschande u. s. w.), ob es crimen repetitum oder continuatum sei u. s. w., genau zu erforschen. So ist ferner bei der Thätigkeit des Angeschuldigten zu berücksichtigen, ob

---

71) Tittmann, Handb. III. §. 840. Stübel, Criminalverf. §. 1103 u. 1127. Bauer, Lehrb. §. 101 flg. Müller, Lehrb. §. 96. Note 7. Vergl. auch Martin, Lehrb. §. 67.

72) Tittmann, Handb. III. §. 541. Martin, Lehrb. §. 68. Mittermaier, Strafverf. §. 151. vergl. mit §. 181. Bauer, Lehrb. §. 105. vergl. mit §. 97 u. 98. Müller, Lehrb. §. 95 flg.

er die That allein oder in Verbindung mit Anderen verübt, in welchem Verhältnisse er zu diesen gestanden, ob Mandat, Complott, Verschwörung ꝛc. vorhanden, in welcher Art, mit welchen Mitteln ꝛc. er die That verübt habe ꝛc. Hinsichtlich der Verschuldung ist haupsächlich darauf zu sehen, ob culpa oder dolus vorhanden, ob die eingetretene Wirkung beabsichtigt war oder nicht, ob Prämeditation oder Affect wirksam war u. s. w. Nicht minder muß jeder Umstand, der auf die Schärfung oder bei relativ unbestimmten Strafgesetzen auf die Erhöhung der Strafe außerdem noch Einfluß hat, z. B. Rückfall, sorgfältig berücksichtigt werden. Daß die Verschuldung, namentlich der dolus, nicht zu vermuthen, wie früher Manche behauptet haben, sondern ein Gegenstand des Anschuldigungsbeweises sei, wird jetzt nicht mehr bezweifelt[73]), obwohl die Schuld, als ein Inneres, nur durch künstlichen Beweis ermittelt werden kann. Im Strafprozesse sind Vermuthungen jeder Art schon deßhalb ausgeschlossen, weil sie sich mit dem Streben nach materieller Wahrheit nicht vereinigen lassen. Darum kann auch die Zurechnungsfähigkeit kein Gegenstand der Vermuthung sein, sondern es muß selbst der leiseste Zweifel, der sich gegen dieselbe ergibt, genau erforscht werden. Die Nothwendigkeit, den Anschuldigungsbeweis auch auf die Zurechnungsfähigkeit zu richten, folgt schon daraus, daß der Beweis der Verschuldung die Zweifellosigkeit der Zurechnungsfähigkeit als wesentliche Grundlage voraussetzt, indem selbst die Möglichkeit der Verschuldung durch das Dasein der Zurechnungsfähigkeit bedingt ist. Dagegen darf, wie aus der Unzulässigkeit der Vermuthungen überhaupt von selbst folgt, auch das Absein der Zurechnungsfähigkeit nicht ohne zureichenden Grund angenommen werden.

B) Die Gegenstände der Entschuldigung lassen sich in drei Hauptclassen bringen; sie bestehen 1) in solchen Thatsachen, welche gegen die rechtliche Brauchbarkeit der Anschuldigungsbeweismittel gerichtet sind und die Beweiskraft derselben entweder ganz zerstören, oder doch vermindern, indem sie z. B. materielle oder formelle Mängel derselben betreffen; 2) in Thatsachen, welche die Anschuldigung selbst in ihren wesentlichen Bestandtheilen direct oder indirect angreifen und sie entweder an sich, oder in ihren rechtlichen Folgen zerstören oder schwächen, indem sie z. B. a) hinsichtlich des objectiven Thatbestandes die verbrecherische That als unmöglich, als nicht wirklich verübt, als anders geschehen, oder in Bezug auf den gesetzlich erfoderlichen Thatbestand als wesentlich mangelhaft darstellen; b) hinsichtlich der materiellen oder intellectuellen Thätigkeit des Angeschuldigten die Unmöglichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einer solchen überhaupt, oder wenigstens der in der Anschuldigung speciell behaupteten

---

73) Man sehe Feuerbach, Lehrbuch §. 86. und dort die Noten. In's bayer'sche Strafgesetzbuch von 1813 ging bekanntlich Feuerbach's ältere Ansicht von der Vermuthung des Dolus über: Th. I. Art. 43.

Art der Thätigkeit enthalten, und c) hinsichtlich der Verschuldung solche Momente betreffen, welche entweder die That als gesetzlich erlaubt rechtfertigen (wie z. B. die Nothwehr), oder die Schuld als getilgt (z. B. durch Verjährung, Begnadigung ꝛc.) darstellen, oder den Thäter gesetzlich entschuldigen (z. B. wegen höheren Befehles ꝛc.), oder die Zurechnung ganz oder theilweise aufheben u. s. w., und endlich 3) in Thatsachen, welche eine Milderung oder Minderung der Strafe begründen. Die genauere Auseinandersetzung der einzelnen Enschuldigungsgründe gehört nicht hierher.

Der Begriff von Beweissatz (thema probandum) im Sinne des Civilprozesses (s. den vor. Art. Nr. IV.) fällt im Strafverfahren ganz hinweg, weil es in diesem kein Beweisinterlocut gibt und es überhaupt nicht wohl möglich ist, die einzelnen Gegenstände der Beweisung im Voraus zu bestimmen, da man bei dem Beginne des Verfahrens den ganzen Stoff und Umfang der Untersuchung in der Regel noch nicht kennt, und im Verlaufe derselben objective und subjective Umstände und Verhältnisse sich ergeben können, an die man früher gar nicht dachte. Es kann sich sogar ereignen, daß während der Untersuchung über ein bestimmtes Verbrechen noch andere Vergehungen desselben Thäters entdeckt und so weit erhoben werden, daß die Untersuchung nothwendig auch auf diese ausgedehnt werden muß; was man zwar früher, als der Inquisitionsprozeß noch mehr nach der Analogie des Anklageprozesses geführt wurde, für unstatthaft hielt, und was bei dem heutigen öffentlichen Anklageprozesse nach englischem und französischem Rechte gleichfalls nicht angeht, was aber der Inquisitionsmaxime, wie sich diese in neuerer Zeit theoretisch und practisch ausgebildet hat, vollkommen entsprechend ist[74]).

VII. Beweislast[75]).

Diese besteht auch hier, wie im Civilprozesse (s. den vor. Art. Nr. V.), in der Verbindlichkeit zur Beweisung. Man hat häufig die Frage aufgeworfen, ob es im Criminalprozesse eine Beweislast der Parteien im Sinne des Civilprozesses gebe? Die Frage kann in einer Hinsicht bejaht, in einer anderen aber verneint werden. Sie ist zu bejahen, wenn man darunter das Bestehen und die Obliegenheit der Verbindlichkeit zur Beweisung versteht, indem auch im Strafprozesse der anklagende Theil, er sei ein Privatankläger, wie im accusatorischen, oder der Staat, wie im inquisitorischen Verfahren, die Pflicht hat, die Anschuldigungsbehauptungen zu beweisen, wenn die durch die Anklage bezweckte Verurtheilung rechtlich möglich und deßhalb im Erkenntnisse auch ausgesprochen werden soll. Ebenso liegt auch

---

74) Mittermaier im neuen Archiv des Criminalr. Bd. III. S. 543 flg. und Strafverf. §. 141.

75) Stübel, Criminalverf. IV. §. 2232 flg. Mittermaier, Strafverf. §. 134. auch Lehre vom Beweise §. 17. Bauer §. 105. Müller §. 93. und dort Note 8.

dem Angeschuldigten in Bezug auf die Entschuldigung die Beweislast nicht minder ob, als dem auf civilrechtlichem Wege verfolgten Beklagten. Angriff und Vertheidigung sind wesentliche Momente des Prozesses und dürfen daher in keinem Verfahren fehlen; beide sind aber hinsichtlich ihres Bestandes und ihrer rechtlichen Anerkennung durch die Beweisung bedingt, da bloße Behauptungen ohne allen rechtlichen Werth sind. Die Frage ist dagegen zu verneinen, sobald man die Beweislast auf die Form der Auflage und auf das bei der Beweisung zu beobachtende Verfahren bezieht. Denn eine Beweisauflage im Sinne des Civilprozesses kommt nicht einmal im accusatorischen Verfahren vor, obwohl sich dieses demselben mehr annähert, als das davon völlig abweichende inquisitorische. Das Streben nach materieller Wahrheit, welches vermöge seines Grundes auch im Anklageprozesse nicht aufgegeben werden darf, gestattet es nicht, die Beweisung an die beengenden, auf dem Principe des Verzichtes beruhenden Formen des Civilprozesses zu knüpfen und überhaupt die Erforschung der Wahrheit den Parteien selbst unbedingt zu überlassen, oder von deren Willkür abhängig zu machen. Deßhalb kann selbst dem Ankläger die Durchführung des ihm obliegenden Beweises nicht so, wie im Civilprozesse, aufgegeben werden, sondern der Richter bleibt stets neben demselben von Amtswegen thätig, um im Vereine mit ihm die materielle Wahrheit zu Tage zu bringen, wobei er natürlich auch den Angeklagten in gleicher Weise zu vertreten hat. Im Inquisitionsprozesse kann von einer Beweisauflage noch weniger die Rede sein; in diesem hat der Untersuchungsrichter die ganze Beweisung zu übernehmen, ohne daß ihm deßhalb die Beweislast obliegt, da er weder der Ankläger, noch der Angeschuldigte ist. Daß der Richter nicht Ankläger sei, leuchtet von selbst ein, da, wenn dieß wirklich der Fall wäre, er als Partei recusirt werden könnte und überhaupt die Untersuchung nicht führen dürfte. Noch weniger bedarf es der Erinnerung, daß er nicht der Angeschuldigte ist. Deßhalb kann ihm weder die Verbindlichkeit des Anschuldigungs-, noch die des Entschuldigungsbeweises obliegen. Er ist aber der gesetzliche Stellvertreter des Anklägers, des Staates und des Angeschuldigten zugleich, oder, was auf dasselbe hinausläuft, des das Verbrechen verfolgenden und den Unschuldigen schützenden Staates, und hat in dieser zweifachen Eigenschaft sowohl die dem Ankläger als die dem Angeschuldigten obliegende Beweislast für Beide zu übernehmen und deßhalb den Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweis mit gleicher Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit auf die möglich vollständigste Weise zu instruiren. Er darf daher hinsichtlich des letzteren Beweises auch nicht warten, bis der Angeschuldigte aus freiem Antriebe Entschuldigungsthatsachen und darauf bezügliche Beweismittel namhaft macht, sondern er muß ihn wenigstens im Allgemeinen darüber, sowie auch über alle in der Untersuchung sich ergebenden besonderen Entschuldigungsgründe ausdrücklich befragen. Nach dem Principe der materiellen Wahrheit sind auch der Anschuldigungs- und

Entschuldigungsbeweis innerlich oder dem Wesen nach von einander gar nicht verschieden, sondern nur die zwei äußerlich zu entgegengesetzten Richtungen führenden Wege, welche beide eingeschlagen werden müssen, um das eine Endziel der Untersuchung, die materielle Wahrheit, wirklich zu ermitteln. Es ergibt sich demnach das Resultat, daß die Beweislast an sich auch im Criminalprozesse den Parteien in derselben Weise ursprünglich obliege, wie im Civilprozesse, daß ihr jedoch hier ein gesetzlicher Stellvertreter der Parteien, und zwar im Untersuchungsprozesse ganz, im accusatorischen Verfahren aber theilweise, im Interesse der materiellen Wahrheit Genüge zu leisten habe.

VIII. Beweisverfahren[76]).

Es gibt im Strafprozesse kein abgesondertes, durch ein Beweisinterlocut veranlaßtes Beweisverfahren im Sinne des Civilprozesses (s. den vorig. Art. Nr. VI.), sondern der ganze Prozeß ist Beweisverfahren, oder in Bezug auf den Inquisitionsprozeß richtiger Beweisaufnahme. Bauer unterscheidet zwar zwischen Beweisverfahren und Beweisaufnahme, indem er jenes in diese und die Beweisführung abtheilt; allein ohne hinreichenden Grund. Denn was er Beweisführung nennt, nämlich die Darstellung der Beweisgründe, um Jemand von der Wahrheit einer Thatsache zu überzeugen, paßt auf die von ihm angegebenen Beweisführungen nicht, indem die formelle Vertheidigung des Angeschuldigten keine Beweisführung im prozeßrechtlichen Sinne, sondern eine Beweisausführung und die Darstellung der Beweisgründe in den Urtheilsgründen nur eine Rechtfertigung des Urtheils, aber keine Beweisführung ist, welche die rechtliche Möglichkeit des Urtheils bezweckt, darum stets zur Bewirkung der Ueberzeugung des erkennenden Richters geschieht und nach gefälltem Urtheile nicht mehr vorkommen kann; es sei denn, um dessen Aufhebung oder Abänderung, somit ein neues Urtheil herbeizuführen. Selbst in dem Anklageprozesse, der zwar gemeinrechtlich noch gilt, aber nirgends mehr practisch angewendet wird, kommt kein eigentliches Beweisverfahren im Sinne des Civilprozesses vor[77]). Der Ankläger ist zwar verbunden, den Grund der Anklage zu beweisen, insoweit derselbe von dem Angeklagten nicht eingestanden wurde; dieß geschieht aber ohne vorgängiges Beweiserkenntniß durch bloße Anzeige oder Benennung von im Strafprozesse zulässigen Beweismitteln, in welcher Hinsicht der Ankläger durch keine Beweisfrist beengt wird. Die Benutzung der Beweismittel,

---

76) Stübel, Criminalverf. V. §. 2201 flg. Martin, Lehrb. §. 131. Mittermaier, Strafverf. §. 134. Bauer §. 108. Müller §. 147 und 182.

77) Man sehe Tittmann, Handb. III. §. 924. Stübel, Criminalverf. II. §. 622 flg. Martin, Lehrbuch §. 138. Mittermaier, Strafverf. §. 211. Abegg, Lehrbuch §. 165 flg. Bauer §. 244. Müller §. 190 flg.

d. i. die Beweisaufnahme geschieht sodann von dem Richter in derselben Art, wie bei dem inquisitorischen Verfahren; nur ist es dem Ankläger gestattet, bei derselben nach der Aehnlichkeit des Civilprozesses durch Entwerfung von Beweisartikeln mitzuwirken, ohne daß jedoch der Richter dadurch in der zweckmäßigen Befragung der Zeugen beschränkt wird. In gleicher Weise darf auch der Angeschuldigte selbst, oder durch seinen Vertheidiger Fragstücke einreichen; was hinsichtlich des Beweises der Einreden auch dem Kläger zu thun erlaubt ist. Dabei hat der Richter überall von Amtswegen für die Vollständigkeit des An- und Entschuldigungsbeweises zu sorgen, ohne dabei auf die von den Parteien benannten Beweismittel beschränkt zu sein, insbesondere den Angeschuldigten, insoweit ihm nicht ein Vertheidiger beigegeben ist, vollständig zu vertreten und überhaupt die materielle Wahrheit nach Möglichkeit zu ermitteln. Deßhalb muß er z. B. das Geständniß des Angeschuldigten, welches nur dem Ankläger gegenüber insofern für wahr angenommen wird, als es denselben von der Beweispflicht befreit, ebenso von Amtswegen prüfen und durch alle ihm zu Gebote stehende Mittel zweifellos zu machen suchen, wie im Inquisitionsprozesse. Man muß im Allgemeinen den Grundsatz festhalten, daß der Richter durch die Thätigkeit der Parteien in seinem amtlichen Streben nach materieller Wahrheit nicht beschränkt, sondern blos unterstützt wird. Ist der Angeklagte auf Verlangen des Anklägers in gefängliche Haft gebracht worden, ohne daß gegen denselben ein zur Verhaftung hinreichender Verdacht vorliegt, so soll der Richter dem Ankläger, nachdem er genügende Caution geleistet hat, zur Beibringung seiner Beweise eine peremtorische Frist mit dem Präjudiz setzen, daß er, wenn er diese ohne für hinreichend befundene Beweisung verstreichen läßt, dem Angeklagten wegen erlittener Schmach und Schaden ebenso civilrechtlich verbunden bleiben solle, als wenn er überhaupt sachfällig würde[78]). Diese Vorschrift findet auch in dem Falle Anwendung, wenn die vom Ankläger beigebrachten Beweise der Schuld des Angeklagten sich als grundlos darstellen. In diesem Falle ist dem Ersteren aufzugeben, binnen einer peremtorischen Frist bessere Beweise beizubringen. Die Statthaftigkeit des genannten Präjudizes hängt von der Beschaffenheit der früher gelieferten Beweise ab. Schienen sie wenigstens genugsam zu sein, so findet das Präjudiz nicht statt, sondern es kann nur die Freilassung des Angeschuldigten angedroht werden. Nach förmlich und erschöpfend erfolgter Beweisaufnahme gestattet der Richter, wenn es nicht gänzlich am Anschuldigungsbeweise gebricht, ein dem Civilprozesse analoges Schlußverfahren und gibt zu diesem Zwecke dem Ankläger, unter Gestattung der Acteneinsicht,

---

78) P. G. O. Art. 12. cf. C. 1. u. 2. C. ut intra cert. t. cr. q. t. (9. 44.) Vergl. Martin §. 138. besonders Abegg §. 166. und Müller §. 191. Note 1. Daß der Ankläger stets wieder mit neuen Beweisen auftreten kann, versteht sich von selbst; nur darf er sich keine Verzögerung zu Schulden kommen lassen.

auf, seine Beweisausführungs- (Salvations-, beziehungsweise Impugnations-) Schrift binnen einer zu bestimmenden peremtorischen Frist, die jedoch erstreckt werden kann, einzureichen. Diese Schrift wird dem Angeklagten mitgetheilt und dessen förmliche Hauptvertheidigung wie im Untersuchungsverfahren veranlaßt[79]). Nach Einreichung der Vertheidigungsschrift, wozu gleichfalls eine angemessene Frist bestimmt wird, theilt der Richter dieselbe dem Ankläger zur Nachricht mit und verfügt den Actenschluß, wenn nicht die Vertheidigungsschrift noch weitere Untersuchungshandlungen nöthig macht und hierauf oder sonst eine fernere Verhandlung der Parteien zweckmäßig erachtet, oder von einer derselben begehrt wird. Dem Angeschuldigten gebührt dabei stets das letzte Wort. Uebrigens bringt es der Zweck des Strafprozesses mit sich, daß der Actenschluß niemals in derselben Weise, wie im Civilprozesse, als definitiv erfolgt betrachtet und daher zu jeder Zeit wieder aufgehoben werden kann.

Im Untersuchungsprozesse kommt gar kein Beweisverfahren vor, sondern es besteht der ganze Prozeß lediglich in der Beweisaufnahme, d. h. in der Sammlung und urkundlichen Bleibendmachung aller, sowohl im Anfange der Untersuchung vorhanden gewesenen, als im Verlaufe derselben vom Richter selbst aufgefundenen oder von Anderen, dem Angeschuldigten oder Dritten, namhaft gemachten Beweismittel, und findet gar kein Wechselverfahren, wie im Anklageprozesse, statt. Man kann diese Beweisaufnahme in die dem eigentlichen Criminalprozesse (dem Verfahren gegen eine bestimmte, des Verbrechens verdächtige Person, der sogenannten Specialinquisition) vorgängige, welche die rechtliche Möglichkeit desselben begründen soll, und in die in dem eigentlichen Prozesse erfolgende, oder vielmehr bestehende abtheilen, wenn nicht die gleichzeitig mit der Kunde von dem begangenen Verbrechen erlangte hinreichende Kenntniß des Thäters ein abgesondertes Vorverfahren (eine Generalinquisition) entbehrlich macht. In der Generaluntersuchung ist die Gewißheit des Thatbestandes, insoweit diese ohne Kenntniß und Erklärung des Thäters erreicht werden kann, und wenigstens hinreichender Verdacht über den oder die Thäter, Theilnehmer ꝛc. zu ermitteln. Wie dieß geschehen müsse, wie der Richter keinen Umstand als unerheblich unbeachtet zu lassen, sondern Alles, was auch nur entfernt mit der That oder dem Thäter zusammenhängt, oder auf jene oder diesen hinweist, auf das Vollständigste herzustellen habe, gehört in die Lehre von der Inquisition[80]). In der Specialuntersuchung beschäftigt sich die Beweisaufnahme theils mit der Vervollständigung des Thatbestandes, theils mit der möglich vollständigsten Bewahrheitung aller Umstände und Verhältnisse, welche sich auf den Angeschuldigten beziehen, sie

---

79) Wenn nicht etwa die Beweisausführungsschrift zuvor eine neue Beweisaufnahme nothwendig macht.

80) Man sehe vorz. L. H. Fr. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde, Heidelb. 1838.

mögen Anschuldigungs- oder Entschuldigungsgründe enthalten. Der Inquirent hat zu dem Ende alle Beweismittel, welche ihm zu Gebote stehen, oder sich ihm im Laufe der Untersuchung darbieten, sorgfältig zu benutzen und bei der protocollarischen Bleibendmachung derselben theils auf den materiellen Stoff der Untersuchung, theils auf die Entdeckung neuer Umstände und neuer Beweismittel Rücksicht zu nehmen. Er muß dabei a) die Gründe, welche die Glaubwürdigkeit (Beweiskraft) der Mittel erhöhen oder schwächen, b) die gesetzlichen Formen der Beweisaufnahme und c) die materiell-vollständige Benutzung der Mittel beachten und darüber das Nöthige zu Protocoll bringen, so daß kein Umstand, der im Verlaufe der Untersuchung zur Sprache kommt, unerörtert und kein namhaft gemachtes Mittel unbenutzt bleibt, oder wenigstens die Gründe, aus welchen das Eine oder Andere nicht geschah oder nicht geschehen konnte, aus den Acten deutlich zu entnehmen sind. Er darf selbst den Gebrauch solcher Mittel, die für sich gar keine oder eine sehr geringe Beweiskraft haben, nicht verschmähen, theils weil sich die rechtliche Nutzlosigkeit, oder die mangelhafte Beweiskraft derselben erst aus dem wirklichen Gebrauche ergibt, theils weil sie leicht auf neue Umstände und andere Beweismittel führen, und theils endlich weil sie wenigstens zur Unterstützung anderer Beweismittel dienen und durch eine solche Uebereinstimmung mit diesen auch selbst erhöhte Beweiskraft erlangen können. Die nach beendigter Beweisaufnahme zu veranlassende förmliche Vertheidigung des Angeschuldigten ist keine Beweisaufnahme, sondern eine Ausführung des Entschuldigungsbeweises und in Bezug auf den Anschuldigungsbeweis eine Impugnationsschrift; sie kann jedoch eine fernere Beweisaufnahme nöthig machen.

Die articulirte Beweisaufnahme, welche gemeinrechtlich [81]) und nach der Praxis auf die blos summarische in wirklich peinlichen Fällen noch folgen muß, wenn kein lossprechendes Erkenntniß nach der Actenlage begründet ist, besteht in der Vernehmung des Inquisiten und der Zeugen über Artikel, welche, wie im Civilprozesse, in allgemeine, die sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der zu vernehmenden Personen beziehen, und in besondere zerfallen, welche die Anschuldigung und Entschuldigung betreffen und aus den Acten in der Form von Fragen dergestalt gebildet werden, daß jeder Artikel einen einzelnen Thatumstand enthält, und alle zusammen die bisherigen Aussagen der Personen, welche darüber vernommen werden sollen, völlig erschöpfen. Die Beantwortung der Artikel kann auch Additionalartikel nothwendig machen. Der Inquisit wird in der Regel auch über Schlußartikel vernommen, die nämlich in der Befragung desselben über etwaige Erinnerungen oder Beschwerden, über den Gesundheitszustand und die Bestellung eines Vertheidigers bestehen. Denn in den Fällen, in welchen eine articulirte

81) P. G. O. Art. 189. Tittmann, Handb. III. §. 683 u. 784 flg. Martin §. 132 flg. Mittermaier, Strafverf. §. 136. Bauer §. 237.

Beweisaufnahme vorkommt, findet die förmliche Vertheidigung erst nach derselben statt.

IX. Außerordentlicher Beweis.

Eine außerordentliche Beweisführung, im Sinne des Civilprozesses, (s. den vor. Art. Nr. VII.) kommt zwar im Criminalverfahren deßhalb nicht vor, weil es in diesem keine besondere Beweisperiode gibt; in gewisser Hinsicht kann man jedoch auch im Strafprozesse von einem außerordentlichen Beweise sprechen. Geht man nämlich davon aus, daß der eigentliche Strafprozeß erst mit dem Verfahren gegen eine bestimmte Person, d. i. mit der Specialinquisition, beziehungsweise mit der Einreichung des Anklagelibells beginnt, und daß sonach dieses Verfahren, da es seinem ganzen Umfange nach nur in der Beweisaufnahme besteht, zugleich die ordentliche oder regelmäßige Beweisführung bildet, so erscheint jede Beweisaufnahme, welche nicht während der Dauer dieses Prozesses erfolgt, als eine außerordentliche. Zu dieser gehört daher jede Beweisaufnahme, welche der Specialuntersuchung vorangeht, oder nach Beendigung derselben stattfindet. Die vorangehende Beweisaufnahme bildet den Gegenstand der General- oder Voruntersuchung. Geht diese ohne Zeitunterbrechung in die Hauptuntersuchung über, so kann man die in jener gepflogene Beweisaufnahme in Bezug auf diese als eine anticipirte (vorläufige) betrachten, insofern die Pflicht des anschuldigenden Staates, den Anschuldigungsbeweis zu führen, erst mit der Specialinquisition beginnt, er aber die Puncte, welche schon in der Voruntersuchung hergestellt wurden, jetzt nicht mehr von Neuem zu beweisen braucht, weil er den Beweis bereits vorher geführt, d. i. anticipirt hat. Kann dagegen nach der Beendigung der Voruntersuchung keine Specialinquisition eingeleitet werden, weil man den Thäter nicht ausfindig machen, oder gegen ihn keinen hinreichenden Verdacht begründen kann, so ist die Beweisaufnahme der Voruntersuchung eine Beweisaufnahme zum ewigen (bleibenden) Gedächtnisse[82]) (prob. in perpetuam rei memoriam), von welcher, als einer anticipirten, erst dann wirklicher Gebrauch gemacht wird, wenn die Specialuntersuchung eingeleitet werden kann. Derselbe Fall eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse tritt auch ein, wenn bei der Gewißheit des objectiven Thatbestandes der wirklich eingeleitete Strafprozeß kein verurtheilendes Erkenntniß gegen den Angeschuldigten zu begründen vermag. Die Fälle, in welchen dieser vorläufige Beweis die Gewißheit begründet, daß gar kein strafbares Verbrechen vorliegt, gehören nicht hierher. Im Anklageprozesse beginnt die Pflicht des Anklägers zur Beweisführung erst mit dem Leugnen des Angeschuldigten. Die diesem vorgängige Beweisführung kann daher ebenfalls eine anticipirte genannt werden[83]).

---

82) Man s. Martin, Lehrb. §. 12. Note 13. §. 122. Note 2. §. 127 und 137.

83) Müller, Lehrb. §. 190. Note 3.

Der nachfolgende Beweis, welcher nämlich nach geschlossener Specialuntersuchung geführt wird, kann zu jeder Zeit, sowohl vor als nach der Urtheilsfällung, stattfinden, er mag die Anschuldigung oder Entschuldigung betreffen, der Prozeß mag accusatorisch oder inquisitorisch geführt und das Urtheil noch unvollzogen oder bereits vollzogen worden sein, ohne daß es einer vorgängigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf, da es im Strafprozesse wegen des Grundprincips der materiellen Wahrheit weder eine peremtorische Beweisfrist, noch eine Rechtskraft im Sinne des Civilprozesses gibt.

X. Wirkungen des geführten Beweises[84]).

Unter diesen Wirkungen ist das rechtliche Ergebniß der vollendeten Beweisaufnahme oder des geschlossenen Criminalverfahrens für die Urtheilsfällung zu verstehen. Der erkennende Richter hat nämlich die ihm vorzulegenden Acten zunächst hinsichtlich der Vollständigkeit und sodann, wenn er sie nach Stoff und Form spruchreif findet, oder den etwaigen Mängeln durch geeignete Verfügungen an den Untersuchungsrichter abgeholfen worden ist, hinsichtlich des rechtlichen Resultates zu prüfen und nach diesem endlich zu erkennen. Bei der Ermittelung dieses Resultates hat der Richter 1) die Momente, wornach die Kraft der Beweise zu beurtheilen ist, und 2) das gegenseitige Verhältniß der einzelnen Beweismittel und des Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweises ins Auge zu fassen und hiernach 3) die Vollständigkeit oder Unvollständigkeit sowohl des Anschuldigungs-, als des Entschuldigungsbeweises zu bestimmen und das Endergebniß (die Wirkungen) des geführten Beweises im Urtheile auszusprechen.

A) Die Momente, wornach sich die Kraft der Beweise richtet, beziehen sich zwar größtentheils auf die besonderen Arten der einzelnen Beweismittel; es lassen sich jedoch auch einige allgemeine Gesichtspuncte aufstellen, nach welchen die Kraft des geführten Beweises überhaupt zu beurtheilen ist[85]). Die Kraft oder Stärke des Beweises (des Ergebnisses der Beweisführung oder Aufnahme) hängt nämlich ab: 1) von der Beschaffenheit der einzelnen Beweismittel an und für sich: ob und inwiefern sie nach Vorschrift der Gesetze und nach ihrer eigenthümlichen Natur überhaupt Gewißheit gewähren können, und ob insbesondere die Bedingungen vollständig vorhanden seien, nach welchen ihre individuelle Beweiskraft zu bemessen ist ꝛc.; 2) von der Zahl und dem gegenseitigen Verhältnisse der Beweismittel: ob in den Fällen, wo die Gesetze eine bestimmte Anzahl gleichartiger Beweismit-

---

84) Vergl. Tittmann, Handb. III. §. 843 flg. Stübel, Criminalverf. III. §. 1145 flg. Martin, Lehrb. §. 142. Mittermaier, Strafverf. §. 151, 171 flg. bes. 175, 180, 181 u. 185. Bauer, Lehrb. §. 109 flg. Müller, Lehrb. §. 130 u. 203 flg.

85) Man s. Tittmann, Handb. III. §. 843. Bauer, Lehrb. §. 109.

tel, wie z. B. bei dem Zeugenbeweise, zur Vollständigkeit des Beweises verlangen, dieselbe vorhanden, ob die Ergebnisse der gleichartigen oder verschiedenen Beweismittel mit einander übereinstimmen, sich gegenseitig unterstützen, oder miteinander im Widerspruche stehen u. s. w.; 3) von der Beschaffenheit des Inhaltes eines jeden Beweismittels: ob dieser an sich wahrscheinlich und nicht sich selbst widersprechend sei, ob er das Beweisthema vollständig und unmittelbar bestätige, oder nur einzelne Momente desselben, oder andere Thatsachen betreffe, von welchen erst auf das Beweisthema geschlossen werden muß, ob der Inhalt mit anderen erwiesenen Thatsachen übereinstimme u. s. w.; 4) von dem Verhältnisse der für die Gewißheit sprechenden Gründe zu den Gegengründen, und 5) von der Beschaffenheit der bei der Beweisaufnahme beobachteten Förmlichkeiten.

B) Concurrenz und Collision der Beweismittel und des Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweises.

Im peinlichen Prozesse, in welchem alle Beweismittel, wovon der Untersuchungsrichter Kenntniß erlangt, benutzt werden müssen, ist eine Concurrenz derselben weit häufiger und mannigfaltiger, als im Civilprozesse, in welchem die Parteien die zweckdienlichsten Beweismittel auswählen können. Diese Concurrenz kann von dreifacher Beschaffenheit sein: die concurrirenden Beweismittel stehen mit einander entweder in Harmonie (harmonirende Concurrenz), oder im Widerspruche (Collision), oder in einer bloßen Verschiedenheit, so daß sie weder mit einander harmoniren, noch collidiren (Singularität).

a) Die Singularität in bloßen Nebenpuncten bleibt ohne wesentlichen Einfluß; bei den eigentlichen Beweisgegenständen kann sie dagegen der vollen Beweisung hinderlich sein, wenn die Gesetze harmonirende Concurrenz zur Bewirkung derselben fodern, wie z. B. bei dem Zeugenbeweise, bei welchem wenigstens zwei Zeugen in ihren Aussagen mit einander übereinstimmen müssen, um völlige Gewißheit zu bewirken. Bei der Beurtheilung der Singularität kommt es überhaupt auf die Beschaffenheit der singulären Beweismittel an, ob sie von gleicher oder verschiedener Stärke seien und ob jedes für sich hinreiche, volle Gewißheit zu begründen; ob die Abweichung sich nicht als Irrthum oder Gedächtnißfehler erklären lasse; ob und inwiefern sie durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe unterstützt werden u. s. w. Am Häufigsten ist die Singularität bei den Zeugnissen und Gutachten der Sachverständigen und daher bei diesen Beweismitteln besonders zu behandeln.

b) Bei der harmonirenden Concurrenz sind zwei Fälle zu unterscheiden. 1) Die übereinstimmenden Beweismittel sind alle oder wenigstens zum Theil von der Art, daß sie den Richter vollständige Ueberzeugung gewähren. In diesem Falle werden sie gegenseitig durch einander verstärkt, was alsdann vorzüglich den an sich zur voll-

ständigen Ueberzeugung unzureichenden Beweismitteln zu Gute kommt[86]). 2) Sind dagegen die harmonirenden Beweismittel von solcher Art, daß keines von ihnen für sich allein zur Begründung der rechtlichen Gewißheit zureichend ist, so wird sowohl durch das Zusammentreffen an sich, als auch durch die Harmonie der zusammentreffenden die Beweiskraft eines jeden einzelnen Mittels verstärkt, weil dadurch nicht blos ein neuer selbstständiger Wahrscheinlichkeitsgrund entsteht, sondern auch ein Zweifel an dem Werthe eines jeden einzelnen Beweismittels gehoben wird[87]). Erreicht diese Verstärkung den Grad vollständiger Gewißheit, so entsteht dadurch der zusammengesetzte Beweis, zu dessen bereits oben (V. 3.) angegebenem Begriffe folgende Merkmale gehören: α) verschiedene Beweismittel, von denen β) keines für sich vollständig beweist, von denen jedoch γ) jedes als ein gesetzlich zulässiges Beweismittel erscheint, und welche δ) sämmtlich denselben Gegenstand betreffen[88]). Ueber die Zulässigkeit des zusammengesetzten Anschuldigungsbeweises herrschen verschiedene Ansichten. Diejenigen[89]), welche in dem Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung die Erklärung finden, daß ein künstlicher Beweis unzulässig sei, leugnen auch die Zulässigkeit des zusammengesetzten Anschuldigungsbeweises, weil auch dieser ein künstlicher sei. Andere[90]), welche im Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung das Verbot des künstlichen Beweises nicht finden, lassen denselben ohne Einschränkung zu, während er nach Anderen[91]) nur bei geringeren Vergehungen, und nach Anderen[92]) blos dann zulässig sein soll, wenn die Sache nicht anders aufgeklärt werden kann. Der zusammengesetzte Beweis ist an sich kein künstlicher, wiewohl er theilweise auf einen solchen beruhen kann. Denn es wird hier nicht von voll bewiesenen Thatsachen auf die Wahrheit des Beweisgegenstandes selbst, sondern blos von der Uebereinstimmung der einzelnen Beweismittel auf deren dadurch erhöhte Glaubwürdigkeit oder Beweiskraft geschlossen. Würde ein Beweis schon durch ein solches Schließen ein künstlicher, so ließe sich der wahre künstliche Beweis, bei welchem die Wahrheit des Beweisthemas blos durch Schlußfolgerung ermittelt wird, nicht unter diesen Begriff subsumiren und gäbe es überhaupt gar keinen natürlichen Beweis, indem ein solches Schließen nicht

---

86) Stübel, über den Thatbest. §. 357. u. Criminalverf. II. §. 171. v. Globig, Theorie der Wahrsch. Th. II. S. 313 flg. Henke, Darst. des gerichtl. Verf. in Strafsachen, Zürich 1817. §. 131.

87) Matthaeus, de criminib. lib. 48. tit. 15. Boehmer, meditt. in C.C.C. art. 27. §. 2. Eisenhart im alt. Archiv des Cr.-R. Bd. III. St. 1. S. 105. Henke a. a. O. Mittermaier, Strafverf. §. 179.

88) Kleinschrod im neuen Arch. a. a. O. §. 1. u. 2.

89) Martin, Lehrb. §. 93. und dort Note 7.

90) z. B. Stübel, Criminalverf. III. §. 1072 flg. Eisenhart a. a. O. Hofacker, systemat. Uebers. des Strafproz. Tüb. 1820. §. 221. u. Note 87. Bauer, Lehrb. §. 110.

91) z. B. Carpzov quaest. 116. Nr. 50 sq.

92) z. B. Boehmer, meditt. in C.C.C. art. 66. §. 3.

nur bei dem Zeugenbeweise, bei welchem gerade die Harmonie in den Aussagen zur Bewirkung der vollen Gewißheit von wesentlichem Einflusse ist, sondern sogar bei dem Augenscheine in dem Falle vorkommt, wo nicht der Richter selbst, welcher diesen eingenommen hat, sondern ein Anderer das Urtheil fällt. Daß die peinliche Gerichtsordnung das Vervollständigen der Beweise durch harmonirende Concurrenz nicht nur nicht mißbillige, sondern sogar ausdrücklich anordne, ergibt sich aus Art. 54 derselben, welcher von einer solchen Vervollständigung des Bekenntnisses handelt. Es fragt sich daher nur, ob durch eine solche Combination unvollständiger Beweisgründe überhaupt materielle Wahrheit erreicht werden könne? Dieß läßt sich aber im Allgemeinen wohl nicht in Abrede stellen, wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß der Richter hierbei mit der größten Vorsicht zu Werke gehen müsse und kein Beweismittel, welches für sich allein nicht wenigstens Wahrscheinlichkeit gewährt, bei dieser Combination in Anschlag bringen dürfe. Außerdem darf kein Verdacht vorliegen, daß die Uebereinstimmung absichtlich bewirkt worden sei, sondern muß es gewiß sein, daß jedes Beweismittel unabhängig von dem anderen zu dem übereinstimmenden Ergebnisse geführt habe. Endlich dürfen auch keine Gründe selbst für den geringsten Grad der Wahrscheinlichkeit des Gegentheiles sprechen [93]). Es sind übrigens so viele Arten des zusammengesetzten Beweises möglich, als einzelne unvollständig beweisende Mittel durch ihre Concurrenz volle rechtliche Gewißheit zu begründen vermögen. Nur muß man bei dieser Combination stets mehr auf die inneren Gründe, als auf die Zahl der concurrirenden Beweismittel sehen. Je schwieriger es überhaupt ist, durch allgemeine Vorschriften zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der zusammengesetzte Beweis vollständige Gewißheit gewähre, und je mehr deßhalb hier Uebereilung zu befürchten ist, desto mehr muß man es billigen, wenn Landesgesetze auf den Grund dieses Beweises hin keine Todesstrafe zulassen [94]). Bei dem zusammengesetzten Entschuldigungsbeweise walten nach der Natur der Sache weniger Bedenklichkeiten ob. Diesen lassen auch jene zu, welche den zusammengesetzten Anschuldigungsbeweis für unstatthaft halten. Der Grund hiervon liegt jedoch nicht in einer Begünstigung des Entschuldigungsbeweises, sondern darin, daß die Anschuldigung so lange nicht vollständig begründet ist, als noch Entschuldigungsgründe wahrscheinlich sind.

c) Die Collision (collidirende Concurrenz) der Beweismittel besteht in einem materiellen Widerstreite ihres Inhaltes, so daß der Inhalt eines jeden der collidirenden Mittel nicht zugleich wahr sein kann. Vermöge der Natur des Widerspruches können also in Bezug auf dieselbe Thatsache die collidirenden Beweismittel nur das Sein und

---

93) M. s. vorzüglich Mittermaier, Strafverf. §. 179.

94) Z. B. das bayer. Strafgesetzbuch Art. 334. An sich muß die Wirkung des vollständigen zusammengesetzten Beweises der Wirkung einfacher Beweise völlig gleichgesetzt werden.

Nichtsein derselben betreffen, so daß, wenn die einen das Sein bestätigen, die entgegenstehenden für das Nichtsein sprechen. Es ist deßhalb der Fall möglich, daß sowohl auf der einen als auf der anderen Seite der collidirenden Beweismittel harmonirende Concurrenz stattfindet; ja es ist ein Widerstreit zwischen mehreren Beweisgründen nur unter der Voraussetzung einer solchen Uebereinstimmung auf der einen oder anderen, oder auf jeder Seite denkbar, da Beweismittel, welche blos das Andersſein einer Thatsache bekräftigen, keinen Widerspruch, sondern eine Singularität enthalten. Dabei ist es dem Wesen nach einerlei, ob der Widerspruch durch natürliche oder künstliche Beweisung begründet wird. Auch leuchtet es ein, daß die Collision nur ein Zusammentreffen von Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweisgründen sein kann, da, wenn die Anschuldigung im Sein einer Thatsache besteht, ein Grund für das Nichtsein derselben ein Entschuldigungsgrund ist, und so auch umgekehrt. Nur der sogenannte indirecte Entschuldigungsbeweis, d. i. der Beweis von entschuldigenden Einreden[95]), steht mit dem eigentlichen Anschuldigungsbeweise niemals in einem wahren Widerspruche, da er blos auf die Anwendbarkeit der Strafe Einfluß hat.

Bei der Beurtheilung einander widersprechender Beweisgründe ist auf die Stärke oder Beweiskraft derselben zu sehen. Bei ungleicher Beweiskraft bewirkt der Widerspruch, daß das schwächere Beweismittel noch mehr an Gewicht verliert[96]), weil der eine Gegensatz in dem Grade unwahrscheinlicher wird, in welchem der andere an Wahrscheinlichkeit zunimmt. Ist daher der eine Gegensatz zur Gewißheit erhoben, so wird die Beweiskraft der für den anderen sprechenden Mittel völlig zerstört, weil die Gewißheit einer Thatsache die Unmöglichkeit des Gegentheiles derselben in sich schließt. Hieraus folgt von selbst, daß, wenn auf der Seite der schwächeren Beweisgründe noch Wahrscheinlichkeit bleibt, auch die stärkeren, selbst wenn sie alle formellen Erfodernisse der vollen Beweiskraft an sich trügen, an ihrer Stärke verlieren und daher keine Gewißheit zu begründen vermögen, weil so lange, als der eine Gegensatz noch wahrscheinlich bleibt, der andere nicht als gewiß angenommen werden kann. Bei gleicher Beweiskraft auf beiden Seiten tritt immer auch eine gleiche gegenseitige Verminderung des Gewichtes der collidirenden Beweismittel ein, die Beweiskraft mag auf beiden Seiten formell[97]) vollständig

---

95) Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß es auch im Strafprozesse wahre Einreden gebe, z. B. der Verjährung ꝛc. siehe Bauer, Lehrb. §. 99. Note c, wenn gleich die Bewahrheitung derselben dem Excipienten nicht so wie im Civilprozesse obliegt und von ihm bewirkt wird. In dieser Beziehung auf die Beweisung kann man daher auch sagen, daß es im Criminalprozesse keine eigentlichen Einreden im Sinne des Civilprozesses gebe; siehe Mittermaier, Strafverf. §. 180. Roßhirt, Entwick. der Grundsätze des Strafrechtes, Heidelb. u. Leipzig 1828. S. 220 flg.

96) Arg. Art. 28 der P. G. O.

97) Von einer materiellen (wirklichen) Vollständigkeit kann natürlich nicht die Rede sein, weil diese in Gewißheit bestände und da, wo diese be-

oder unvollständig sein, weil stets der eine Gegensatz ebenso weit erbracht ist, als der andere. Gewißheit ist daher in diesem Falle nie erreichbar, sondern es bleibt, welchen Grad der Beweiskraft die collidirenden Gründe auch haben mögen, immer dieselbe Zweifelhaftigkeit, die durch Präsumtionen, selbst wenn diese im Strafprozesse zulässig wären, deßhalb nicht gehoben werden könnte, weil nach der gleichen Stärke auf beiden Seiten auch die Präsumtion für jeden der beiden Gegensätze gleich begründet wäre. Das gegenseitige Verhältniß des Anschuldigungs- und directen Entschuldigungsbeweises hängt jedoch nicht blos vom Widerspruche oder Gegensatze ab, da der letztere auch, wie schon oben bemerkt wurde, gegen die Brauchbarkeit und Beweiskraft der Anschuldigungsbeweismittel gerichtet sein kann. Es leuchtet in dieser letzteren Hinsicht aber von selbst ein, daß der Anschuldigungsbeweis niemals vollständig werden könne, so lange die Brauchbarkeit oder Beweiskraft der Beweismittel, worauf derselbe beruht, noch zweifelhaft bleibt. Umgekehrt kann ebenso wenig der indirecte Entschuldigungsbeweis (Beweis der Einreden) Gewißheit zum Ergebnisse haben, wenn gegen die Brauchbarkeit oder Beweiskraft der Einredebeweismittel noch Zweifel obwalten[98]).

C) Vollständigkeit des Anschuldigungsbeweises und dessen Wirkung.

Die Vollständigkeit des Anschuldigungsbeweises ist vorhanden, wenn alle Anschuldigungspuncte (Nr. VI. A.) durch gesetzlich gebilligte Beweismittel zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben sind. Die Beweismittel müssen daher an sich fehlerfrei, in gehöriger Anzahl da, wo ein einziges zur vollen Gewißheit nicht hinreicht, in Bezug auf jeden Anschuldigungsgegenstand vorhanden und in gesetzlicher Form gebraucht worden sein und hinsichtlich ihres Inhaltes die Beweispuncte vollständig erschöpfen, so daß in materieller Hinsicht kein begründeter Zweifel mehr obwaltet und überhaupt kein directer Entschuldigungs- oder Gegenbeweis auch nur bis zum geringsten Grade der Wahrscheinlichkeit erbracht ist. Auf die Art des Beweises, ob er ein natürlicher oder künstlicher, oder theilweise Beides sei, kommt hierbei nichts an, sobald er nur in Bezug auf die betreffenden Puncte zur Begründung der criminalrechtlichen Gewißheit vollkommen genügend, somit vollständig ist. Es ist jedoch wegen Art. 22 der P. G. O. bestritten, ob ein künstlicher Anschuldigungsbeweis zur Begründung eines Straferkenntnisses zulässig sei[99]). Wäh-

---

gründet ist, kein Widerspruch mehr vorhanden sein kann. Materiell vollständige Beweise können daher niemals collidiren.

98) Man sehe Stübel, Criminalverf. III. §. 1145 flg. und bes. Mittermaier, Strafverf. §. 181.

99) M. s. bes. Feuerbach, Lehrb. §. 544 flg. 569—72. Grolman, Cr.-R.-Wiss. §. 431 flg. u. 448 flg. Dessen Bibliothek des peinl. Rechtes, Th. I. S. 167 flg. Tittmann, Handb. III. §. 865 flg. Stübel, über den Thatbestand, §. 266 flg. und Criminalverf. §. 1022 flg. Martin,

rend nämlich Einige[100]) dieß unbedingt verneinen, erklären Andere[101]), daß der Art. 22 der P. G. O. unanwendbar geworden und das römische Recht, welches den künstlichen Beweis zulasse[102]), an dessen Stelle getreten, theils weil er nur für die ungelehrten Schöffen bestimmt gewesen sei, indem er die gelehrten Richter niemals gebunden hätte, theils weil er mit der Folter wesentlich zusammenhänge und durch die Aufhebung derselben seine Anwendbarkeit verloren habe. Nach Anderen soll zwar auf den künstlichen Beweis keine peinliche, wohl aber eine geringere[103]), oder eine außerordentliche[104]) Strafe gebaut werden können, indem auch die Folter neben dem Mittel, die Wahrheit zu erforschen, eine Strafe, nur nicht die endliche, das heiße die ordentliche gewesen sei. Nach Anderen[105]) endlich soll die P. G. O. blos das römische Recht bestätigen und der Art. 22 nur die L. 5. D. de poenis (48. 19.) wiederholen und nur den unvollständigen Indicienbeweis betreffen, während der vollständige künstliche Beweis in der P. G. O. unberührt geblieben sei, und daher hinsichtlich dieses das römische Recht ergänzend eintrete.

Es wurde mit Recht bemerkt, daß alle diese Auslegungsarten aus einem Bestreben, das für jede neue Gesetzgebung Empfehlungswürdige dem gemeinen Rechte unterzuschieben, hervorgegangen seien[106]). Die P. G. O. kann nur aus den Ansichten und Verhältnissen der Zeit ihrer Entstehung richtig aufgefaßt und erklärt werden. Unter den Juristen der damaligen Zeit war es bestritten, ob auf Indicien eine

---

Lehrbuch §. 68. und in Ad. Martin's Jahrb. der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, Jahrg. I. S. 61 flg. Henke, Darst. §. 127. Mittermaier, Strafverf. §. 175. und Lehre vom Beweise S. 443 flg. Hefftter, Lehrb. des Cr.-R. §. 636 u. 637. Abegg, Lehrb. §. 139. Bauer, Lehrb. §. 110. Müller, Lehrb. §. 128. Hurlebusch, Beitr. zur Civil- und Cr.-Gesetzg. Heft I. Abh. I. Weber im neuen Archiv des Cr.-R. Bd. III. S. 102 flg. u. 327 flg. Konopak das. S. 494 flg. Kleinschrod das. Bd. VII. S. 53 flg. u. 205 flg. Jarcke das. Bd. VIII. S. 97 flg. Roßhirt, Zeitschrift für Civil- u. Cr.-R. Bd. II. S. 145 flg. bes. 163 flg. E. Kiehn, num ad communis iur. normam artificiali adhibita probat. condemnatio statui possit. Gött. 1834. H. J. Siegen, jurist. Abhandl. Gött. 1834. Nr. III. Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. II. S. 423 flg. Vgl. Rechtslexikon unter: Anzeige, Bd. I. S. 346 flg.

100) Z. B. Feuerbach, Martin, Konopak, Müller, zum Theil auch Mittermaier.

101) Z. B. Stübel, Jarcke, Hefftter, Bauer, Biener, angef. Beitr. S. 155 flg.

102) Vorz. C. 25. C. de probat. (4. 19.) C. 2. C. quor. appell. n. rec. (7. 65.) Noch andere Stellen s. bei Tittmann, Handb. III. §. 866. Note u.

103) Z. B. Kleinschrod, Abhandl. a. d. peinl. R. Th. I. Nr. 51.

104) Z. B. Hurlebusch, s. auch Roßhirt S. 164.

105) Z. B. Grolman, Weber, Pfeiffer. — Tittmann a. a. O. will sogar im Art. 69 der P. G. O. den vollständigen Indicienbeweis als zulässig begründet finden.

106) Mittermaier, Strafverf. Abth. II. S. 313.

Verurtheilung gebaut werden könne, die nach dem römischen Rechte, das überhaupt keine strenge Beweistheorie kennt, allerdings statthaft ist. Zugleich bildete sich in Teutschland ein Verfahren auf bösen Leumund dahin aus, daß dieser, wie wir oben bemerkten, allein schon für hinreichend gehalten wurde, selbst die Todesstrafe darauf zu erkennen, wie mehrere Privilegien aus der Zeit vor der P. G. O. deutlich beweisen[107]). Man begreift leicht, daß mit einem solchen Richten auf bösen Leumund von den ungelehrten und durch Gewohnheit abgehärteten und zur Grausamkeit geneigten Schöffen großer Mißbrauch getrieben worden sein mag. Die P. G. O. wollte offenbar diesem Mißbrauche begegnen und verbot die Bestrafung auf bösen Leumund, auf welchen hin nach dem neueren canonischen Rechte nur Specialinquisition, d. i. die Befragung über articuli, die man aus den berüchtigenden Thatsachen entwarf, eintreten sollte. Die P. G. O. gestattete im Grunde bei solchem Leumund auch nur eine Inquisition in diesem Sinne, nämlich ein Befragen über Artikel, und ging nur um einen Schritt weiter, indem sie, wenn ein Geständniß nicht freiwillig erfolgte, gestattete, auf Tortur zu erkennen und so ein Geständniß zu erzwingen. Wenn die P. G. O. dadurch auch nur ein neues Uebel an die Stelle des abgeschafften setzte, so huldigte sie hierin doch blos der Ansicht der Zeit, die noch nicht so weit gekommen war, um einzusehen, wie inconsequent es sei, den Indicienbeweis einerseits zu verwerfen, und andererseits gleichwohl auf Indicien die Meinung zu begründen, daß der Verdächtige nur aus Bosheit leugne und deßhalb als ein boshaft Leugnender nur mit Martern zu einem Bekenntnisse angehalten werden dürfe. Denn hätte man nicht diese Meinung gehabt, daß der Verdächtige wirklich die That verübt habe, so würde man wohl schwerlich die Tortur für statthaft erklärt haben. Die P. G. O. erklärte allerdings in dem Artikel 22, welchem offenbar die L. 5. D. de poenis und die C. 16. C. de poenis (4. 47.) (aut sua confessione — aut — — convictus) zum Grunde liegen, den Anzeigenbeweis für unbedingt unzureichend, um darauf ein endliches Straferkenntniß zu bauen, welches nach ihr nur eine Folge des Bekenntnisses oder des Beweises (Ueberweisung) sein kann, und billigte auf diese Weise die Ansicht unter den gelehrten Juristen, welche den Indicienbeweis zur Ueberweisung für unzureichend hielt, was nach den damaligen Verhältnissen und namentlich der damaligen Gerichtsverfassung offenbar das Vernünftigste war. Wie aber der damalige Streit unter den gelehrten Juristen über den Indicienbeweis nur die Frage betraf, ob dieser genügend sei, den Verdächtigen zu überführen, daß er die That begangen habe? so ist auch die Bestimmung des Art. 22 nur hierauf zu beschränken. Denn der objective Thatbestand des Verbrechens mußte auch damals stets auf andere Weise hergestellt sein, da Jemand nicht wohl

---

107) Man s. Haltaus, Gloss. unter Fáme u. Leumund, u. Biener a. a. O. S. 138 flg.

eines Verbrechens verdächtig werden konnte, wenn dieses selbst noch zweifelhaft war, und der dolus, in Ansehung dessen man damals nicht so ängstlich war, wie man es später in Folge der philosophischen Begründung des Strafrechtes wurde, da man jede Handlung als aus dem Willen hervorgegangen betrachtete und von Seelenkrankheiten noch wenig die Rede war, wurde stets aus der That und deren Umständen gefolgert, ohne daß man denselben als einen besonderen Gegenstand der Beweisung betrachtet hätte. Man bezieht sich zwar in Rücksicht auf den Beweis des dolus, daß dieser nämlich durch Schlußfolgerungen erbracht werden könne, auf den R.-A. von 1594 §. 69 [108]); allein bei der Abfassung dieses ganz speciellen Gesetzes über Landfriedensbruch dachte man wohl ebensowenig daran, allgemeine Grundsätze über den Beweis des dolus festzusetzen und so die P. G. O. zu ergänzen, als man bei der Abfassung dieser an den dolus als einen besonderen Beweisgegenstand dachte, wiewohl in jener reichsgesetzlichen Bestimmung blos das ausgesprochen und auf einen speciellen Fall angewendet wurde, was bisher schon allgemein galt. Unter den gelehrten Juristen, welche die P. G. O. ohnehin anfangs nicht beachteten, dauerte der Streit über den Indicienbeweis fort. So sind nach Clarus († 1575) bei dem Banditenmord, der Ketzerei und der Simonie Vermuthungen zur Begründung der Todesstrafe genügend, die durch eine gesetzliche Vermuthung auch bei anderen Verbrechen begründet werde[109]). Damhouder unterscheidet ganz nach römischem Rechte zwischen blos einfachen Indicien, die kein Straferkenntniß begründen könnten, und indicia indubitata, unde iudex veritatem rerum colligat, und hält diese zu einem Straferkenntniß für hinreichend. Er bemerkt aber dabei, daß Einige auf Indicien gar keine Verurtheilung zulassen, und bezieht sich sodann auf Gandinus († c. 1300) de maleficiis, nach welchem auf Indicien zwar keine Todes-, wohl aber eine Geldstrafe gebaut werden dürfte, mit dem Bemerken, daß dieser Ansicht des Gandinus alle Doctoren zu Bologna beistimmten. Im Criminalrechte sei nämlich ob maius periculum animae größere Vorsicht nöthig. Diese Ansicht, daß auf Indicienbeweis eine außerordentliche Strafe gegründet werden dürfe, scheint die herrschende geworden zu sein, wie sich aus Carpzov ergibt [111]), obwohl man es, so lange die Tortur bestand, in der Regel vorzog, durch diese ein Bekenntniß zu bewirken, welches man für so wesentlich hielt, daß, wie oben bemerkt wurde, die Bambergensis sogar bei begründeter Ueberweisung noch die Tortur vorschrieb, um ein Geständniß zu erlangen, aus welchem sich freilich auch der dolus am Sichersten entnehmen ließ. Durch die Aufhebung der Tortur in allen einzelnen Ländern wurde zwar der Art. 22 der P. G. O. nicht ganz unanwendbar, da dessen Ver-

---

108) Z. B. Martin, Lehrb. §. 68. Note 10. Müller, Lehrb. §. 128. Note 9.

109) Jul. Clarus, sententiar. lib. V. qu. 20. Nr. 6—8. (in der Ausg. Lugd. 1661. p. 447.)

110) Rev. crim. praxis, c. 54. Nr. 6—12.

111) Pract. nov. rer. crim. P. II. quaest. 60. Nr. 36 60.

bot, auf Indicien eine endliche peinliche Strafe zu bauen, auch nach jener Aufhebung noch befolgt werden konnte; das Beweissystem der P. G. O. erlitt aber dadurch gleichwohl eine wesentliche Erschütterung insofern, als es augenfällig unzureichend wurde. Denn es hätten nun nach diesem Beweissysteme alle Verbrecher, die nicht freiwillig bekannten und auch nicht durch Zeugen überführt werden konnten, freigesprochen, wenigstens von der Instanz absolvirt werden müssen, wenn auch die Indicien die völlige Gewißheit ihrer Schuld begründeten. Da eine Ueberführung durch Zeugen nur in den seltenen Fällen der handhaften That möglich und ein freies Geständniß gerade bei den verstocktesten Verbrechern am wenigsten zu erlangen ist, so leuchtet es ein, daß eine strenge Befolgung des durch das Hinwegfallen der Tortur mangelhaft gewordenen Beweissystemes der P. G. O. geradezu zur Straflosigkeit der meisten und gerade der ärgsten Verbrecher und so zur Gefährdung der bürgerlichen Ordnung geführt haben würde. Das Bedürfniß machte es daher nothwendig, diesem Uebelstande abzuhelfen; was in der Praxis der einzelnen Länder (eine gemeinrechtliche Praxis konnte sich nicht bilden, da es keine Reichscriminalgerichte, wenigstens für die Mittelbaren gab) theils durch die Befolgung des römischen Rechtes, welches den Indicienbeweis neben dem Zeugen- und Urkundenbeweis zuläßt, theils durch Erkennung auf außerordentliche Strafen geschah. Das Eine wie das Andere war auch in der Doctrin fortwährend für statthaft erklärt worden, wie aus dem Bisherigen erhellt. Die Doctrin irrte nur darin, daß sie diese Statthaftigkeit auf die P. G. O. gründen wollte, welche davon nichts enthält. Will man also eine gemeinrechtlich anwendbare Beweistheorie aufstellen, so bleibt nichts Anderes übrig, als eine Ergänzung der P. G. O. durch das römische Recht in der Weise, daß man den Art. 22 derselben — gegen seine ursprüngliche Absicht — auf den unvollständigen Indicienbeweis beschränkt, dem vollständigen Indicienbeweise aber nach Vorschrift des römischen Rechtes und nach der Natur der Sache dieselbe Wirkung beilegt, welche dem natürlichen Beweise nach der P. G. O. eigen ist. In dem Resultate stimmen hiermit auch die meisten Rechtsgelehrten überein. Die Praxis der einzelnen Länder weicht im Wesentlichen nur hinsichtlich der Todesstrafe ab, indem diese in manchen Ländern auf künstliche Ueberweisung nicht gegründet werden darf[112]). Das Schwierigste bei dem künstlichen Beweise sind die Bedingungen der Vollständigkeit desselben, in Ansehung welcher wir auf den Artikel Anzeige (Rechtslexikon Bd. I. S. 346 flg.) verweisen.

Die Wirkung des vollständigen Anschuldigungsbeweises besteht in der Verurtheilung des Thäters in die gesetzliche Strafe und in die Prozeßkosten, sowie in der Begründung des Rechtes des Verletzten auf privatrechtliche Entschädigung.

---

112) Man sehe Mittermaier, Strafverf. §. 175. Note 43. und über die Bestimmungen neuerer Gesetze, Bauer, Lehrb. §. 110. Note i. und Müller, Lehrb. §. 128. Note 8.

D) Unvollständigkeit des Anschuldigungsbeweises und dessen Wirkungen[113]).

Der Anschuldigungsbeweis ist unvollständig, wenn nicht alle Anschuldigungspuncte zur criminalrechtlichen Gewißheit erhoben sind; sei es, daß nicht für alle Puncte Beweismittel vorhanden, oder die vorhandenen an sich, oder durch vorgebrachte und nicht grundlos befundene Einwendungen gegen ihre Beweiskraft zur Begründung der vollen Gewißheit unzureichend, oder durch collidirende Beweisgründe ganz oder theilweise entkräftet worden seien. Jede Art einer solchen Unvollständigkeit macht ein in der Hauptsache verurtheilendes Erkenntniß rechtlich unzulässig, da der Staat kein Uebel zufügen darf, von dem nicht völlig gewiß ist, daß es der Angeschuldigte auch wirklich nach den Gesetzen verschuldet habe, diese Gewißheit aber nur durch den vollständigen Anschuldigungsbeweis begründet wird. Bloße Wahrscheinlichkeit, die auch in ihrem höchsten Grade noch keine Gewißheit ist, kann daher keine Strafzufügung rechtfertigen. Die sogenannte außerordentliche Strafe, d. i. eine gelindere als die ordentliche (durch das Gesetz bestimmte), welche die älteren Practiker und selbst neuere Rechtslehrer bei einem unvollständigen, besonders künstlichen Anschuldigungsbeweise, vorzüglich als Surrogat der Folter, zuließen, ist schlechthin unstatthaft[114]). Der Staat, welcher eine solche Strafe zuerkennen läßt, legt dadurch an den Tag, daß er die Gerechtigkeit nicht achte, da er sich der Gefahr aussetzt, auch einem Unschuldigen ein Uebel zuzufügen und dadurch selbst ein doppeltes Unrecht zu begehen, indem er den Unschuldigen nicht, wie er soll, schützte, sondern ihm noch überdieß ein gesetzwidriges Uebel zufügt. Wozu wäre überhaupt eine Beweistheorie, wenn der Staat auch ohne Beweis (Gewißheit), gleichsam auf's Geradewohl Strafen verhängen dürfte, gleichviel, ob sie den Schuldigen oder Unschuldigen treffen? Jedoch gegen eine außerordentliche Strafe in dem Sinne, daß auch bei dem vollständigen Indicienbeweise nicht die gesetzliche, z. B. nicht die Todesstrafe, sondern eine gelindere Strafe eintreten soll, läßt sich nichts einwenden; sie ist vielmehr ein Beweis von heiliger Scheu vor Unrecht.

Betrifft die Unvollständigkeit blos den objectiven Thatbestand, so ist zu prüfen, ob nicht etwa ein geringeres Verbrechen, z. B. Körperverletzung, wenn die Tödtung ungewiß ist, oder der Versuch des angeschuldigten Verbrechens vollständig erwiesen sei, in welchem Falle sodann, bei dem Vorhandensein der übrigen Bedingungen der Strafanwendung, auf die Strafe dieses erwiesenen geringeren Verbrechens erkannt wird. Sind nicht alle gesetzlichen Merkmale eines bestimmten Verbrechens vollständig erwiesen, so kann niemals die Strafe dieses

---

113) Vergl. Tittmann, Handb. III. §. 845. Stübel, Criminalverf. III. §. 1214 flg. Bauer, Lehrb. §. 111.

114) Man s. Mittermaier, Strafverf. §. 176. und Lehre vom Beweise §. 69. S. 489 flg. Bauer a. a. O. Müller, Lehrb. §. 128. Note 7. u. §. 196. Note 6.

Verbrechens eintreten, weil sich die zum Begriffe eines bestimmten Verbrechens gehörigen Merkmale nicht trennen lassen, und dieses nicht rechtlich vorhanden ist, wenn auch nur eines derselben fehlt[115]). Ebenso hat man bei der Unvollständigkeit des Beweises des Thäters darauf zu sehen, ob, wenn seine Urheberschaft nicht erwiesen ist, nicht irgend eine Art von Theilnahme genügend dargethan, und bei dem Beweise der Schuld, ob nicht, wenn es an dem vollständigen Beweise des dolus fehlt, die culpa rechtlich gewiß sei.

Die Wirkungen des unvollständigen Anschuldigungsbeweises lassen sich in drei Classen bringen: sie beziehen sich theils auf den Prozeß, theils auf die Urtheilsfällung, theils auf die Folgen nach derselben.

a) Ein wenigstens bis zur Hälfte erbrachter Anschuldigungsbeweis bewirkt in Bezug auf den Prozeß die Statthaftigkeit mancher lästiger Prozeßhandlungen; als: 1) die Anwendung drückender Mittel, um den Angeschuldigten, wenn er der Flucht verdächtig oder bereits flüchtig ist, vor Gericht zu stellen, insbesondere Verhaftung, Steckbriefe und öffentliche Ladung; 2) die Specialinquisition und 3) die Confrontation[116]).

b) Auf einen unvollständigen Beweis kann zwar niemals eine Verurtheilung, sondern nur Lossprechung des Angeschuldigten in der Hauptsache erfolgen; die Art der Lossprechung ist aber nach der Beschaffenheit der Unvollständigkeit des Beweises verschieden. Streng rechtlich sollte zwar, wie es bei den Römern einst der Fall war und noch jetzt bei den Engländern und Franzosen geschieht, der Angeschuldigte nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur, immer unbedingt freigesprochen werden, wenn die Anschuldigung nicht vollständig erwiesen ist, weil die Gewißheit keine Grade hat, und wo diese nicht erbracht ist, nur Ungewißheit vorliegt, welche kein Recht gegen den Angeschuldigten begründen kann[117]). Man hat aber gleichwohl in Teutschland von jeher andere Grundsätze befolgt und drei Arten von Lossprechung angenommen: die Lossprechung von der Instanz, die Lossprechung unter der Bedingung des Reinigungseides und die gänzliche (unbedingte) Freisprechung.

1) Die Lossprechung von der Instanz (Entbindung von der Instanz, Einstellung des Verfahrens, einstweilige Lossprechung, absolutio ab instantia)[118]) tritt ein, wenn der Anschuldigungsbeweis bis wenigstens zur Hälfte erbracht, also ein solcher Beweis vorhanden ist, daß er die Einleitung der Specialinquisition rechtfertigen würde. Sie ist eine Nachbildung der römischen ampliatio und stets auch mit der Verurtheilung des Angeschuldigten in die Prozeßkosten verbunden.

---

115) Es ist daher ebenso begriffs- als rechtswidrig, den Mangel am Thatbestande (s. bayer. Strafges. Th. I. Art. 106) als einen Strafmilderungsgrund zu betrachten.

116) Bauer a. a. O. Nr. II.

117) Man s. Mittermaier, Strafverf. §. 185.

118) Mittermaier, Strafverf. §. 186. Bauer, Lehrbuch §. 193. Müller, Lehrb. §. 203 flg.

Manche [119]) halten sie für ein Zwischenurtheil, aber wohl mit Unrecht [120]), da ein Zwischenurtheil seinem Begriffe zufolge eine Verfügung enthält, deren Vollzug die endliche Entscheidung vorbereitet und so die Möglichmachung derselben bezweckt; die Entlassung von der Instanz aber die Sache insofern endlich entscheidet, als sie eben ausspricht, daß für jetzt nichts mehr geschehen, das Verfahren also für jetzt beendigt sein soll. 2) Die Lossprechung unter der Bedingung des Reinigungseides [121]) findet nach der Praxis nur bei geringeren Vergehen, welche mit keiner schweren Criminalstrafe bedroht sind, in dem Falle statt, wo der Thatbestand bis zur hohen Wahrscheinlichkeit erbracht und gegen den Angeschuldigten ein solcher Verdacht begründet ist, daß er zur Einleitung der Specialuntersuchung hinreichend wäre. Die Ableistung des Eides macht die Lossprechung unbedingt, während die Verweigerung desselben den Verdacht erhöht oder vielmehr einen neuen Verdachtsgrund bildet. Die Prozeßkosten muß der Angeschuldigte auch hier übernehmen. 3) Die unbedingte Freisprechung (absolutio a causa) endlich tritt ein, wenn der Anschuldigungsbeweis so unvollständig ist, daß er zur Erkennung der Specialuntersuchung nicht mehr hinreichen würde. Der Angeschuldigte wird hier von aller Strafe und von der Tragung der Prozeßkosten freigesprochen [122]).

c) In dem Falle, wo der unvollständige Beweis eine Lossprechung von der Instanz begründet, rechtfertigt er auch polizeiliche Maßregeln zur Sicherung gegen den Losgesprochenen, die aber, wenn sie nicht in einer blos allgemeinen Aufsicht bestehen sollen, im Urtheile besonders angeordnet werden müssen, so daß die Polizei sie nicht für sich bestimmen kann, sondern nur zu vollziehen hat, was das Urtheil in dieser Hinsicht aussprach. Caution, Confination oder Arrest sind jedoch gemeinrechtlich unstatthafte Sicherungsmittel [123]).

E) Vollständigkeit und Wirkung des Entschuldigungsbeweises [124]).

Hier kann nur von dem indirecten Entschuldigungsbeweise noch die Rede sein, da der directe (der eigentliche Gegenbeweis) nicht selbstständig ist, sondern blos in dem Bestreben besteht, den vollständigen Anschuldigungsbeweis zu verhindern, zu schwächen oder gänzlich zu ver-

---

119) z. B. Martin, Lehrb. §. 143. u. Müller a. a. O.

120) Stübel, Cr.-V. §. 3099 flg. v. Grolman, Cr.-R.-Wiss. §. 514. Note 6. Hencke a. a. O. §. 168.

121) Stübel, Cr.-V. §. 1248 flg. Martin, Lehrb. §. 142. Mittermaier, Cr.-V. §. 177 flg. und Lehre vom Beweise §. 67 flg. Bauer, Lehrb. §. 154 flg. Abegg, historisch-pract. Erört. Berlin 1833. Nr. I.

122) Stübel, Cr.-V. §. 1313 flg. Mittermaier, Cr.-V. §. 185. Bauer, Lehrb. §. 194. Müller, Lehrb. §. 203 flg.

123) Mittermaier, Strafverf. §. 186. u. Lehre vom Beweise §. 70. Pfeiffer, pract. Erört. Bd. III. S. 433. P. G. O. Art. 176.

124) Vergl. Stübel, Cr.-V. §. 1207 und 1313. Mittermaier, Strafverf. §. 180 flg. Bauer, Lehrb. §. 112 flg.

nichten. Daher kommt der directe Entschuldigungsbeweis nicht als solcher, sondern lediglich hinsichtlich seines collidirenden Zusammentreffens mit dem Anschuldigungsbeweise in Betracht, dessen Vollständigkeit oder Unvollständigkeit eben von der mehr oder weniger zerstörenden Kraft der directen Gegenbeweisgründe abhängt, welche demnach blos der Maßstab sind, wornach der Grad der Vollständigkeit oder Unvollständigkeit des Anschuldigungsbeweises unter Anwendung der oben über Collision aufgestellten Grundsätze bemessen werden muß. Es leuchtet deßhalb ein, daß der erkennende Richter in dem Momente, wo er über die Stärke des Anschuldigungsbeweises den Schluß zieht, die directen Gegengründe bereits erwogen und berücksichtigt haben muß. Man stellte häufig die Behauptung auf, daß der Entschuldigungsbeweis — sowohl der directe als indirecte — begünstigter sei[125]), als der Anschuldigungsbeweis. So sagt man, um dieß durch Beispiele zu erläutern, daß die Defensionalzeugen den Anschuldigungszeugen vorgehen; daß der Entschuldigungsbeweis auch durch Indicien geführt werden könne; daß die Vernachlässigung der Förmlichkeiten dem Entschuldigungsbeweise keinen Abbruch thue u. s. w. Allein es dürfte von selbst klar sein, daß die Bewirkung der Gewißheit von Thatsachen nicht von dem zufälligen Umstande abhängen könne, daß dieselben die Entschuldigung betreffen; daß Zeugnisse, wie andere Beweismittel, darum nicht glaubwürdiger und die Schlüsse aus factischen Prämissen nicht concludenter seien, weil sie zufällig dem Angeschuldigten vortheilhaft sind u. s. w. Die Sache verhält sich in Wahrheit folgendermaßen: der Entschuldigungsbeweis, als die Bewahrheitung der für den Angeschuldigten sprechenden Gründe, ist durchaus nicht begünstigt, sondern es kann blos der Anschuldigungsbeweis, weil er erst vollständig ist, wenn die materielle Wahrheit der Anschuldigungsthatsachen durch ihn zur Gewißheit geworden, die wieder so lange nicht vorhanden, als das Gegentheil selbst in geringem Grade noch wahrscheinlich bleibt, auch wegen unvollständiger Gegenbeweisgründe nicht zur Vollständigkeit gebracht werden und mithin die Verurtheilung des Angeschuldigten nicht begründen. Man hat also das, was in der That nur eine Schwierigkeit des Anschuldigungbeweises ist, als eine Begünstigung des Entschuldigungsbeweises aufgefaßt, den man darum nicht an dieselbe schwierige Bedingung der materiellen Wahrheit knüpfen konnte, weil er nur den Zweck hat, die Verurtheilung, somit die Vollständigkeit des Anschuldigungsbeweises zu verhindern, dieses aber, wegen des Principes der zur Verurtheilung nöthigen materiellen Wahrheit schon durch wahrscheinlich gemachte Gegengründe bewirkt wird. Die Förmlichkeiten haben an sich auf die Erforschung der materiellen Wahrheit keinen wesentlichen Einfluß; ihre Vernachlässigung kann aber dem Angeschuldigten auch darum nicht zum Nachtheile gereichen, weil

---

125) Man s. v. Globig a. a. O. Th. I. S. 187. u. Th. II. S. 199. Feuerbach, Lehrb. §. 571. Stübel, Cr.-V. §. 681, 876, 923 u. 1095. Mittermaier a. a. O.

nicht er, sondern der Untersuchungsrichter die Pflicht hat, den Beweis aufzunehmen und für die gesetzlichen Formen der Beweisaufnahme Sorge zu tragen; weil also nicht er, sondern der Richter an einer solchen Vernachlässigung Schuld ist, welche daher auch ihm keinen Schaden bringen kann, und weil überdieß, würde man eine solche Vernachlässigung bei dem Entschuldigungsbeweise beachten, der Richter es in seiner Gewalt hätte, diesen stets zu vereiteln. Die Vermuthung der Schuldlosigkeit endlich, auf die man sich auch noch bezieht, um den Entschuldigungsbeweis als begünstigt darzustellen, hat auf die Beschaffenheit des Beweises (der Bewahrheitung) gar keinen Einfluß, sondern ist nur insofern von Belang, als sie die Pflicht des Anschuldigers zur vollständigen Beweisung der Schuld begründet.

Wie demnach, der Natur der Sache zufolge, der bis zu einiger Wahrscheinlichkeit erhobene directe Entschuldigungsbeweis die Vollständigkeit des Anschuldigungsbeweises hindert, so reicht auch ein nicht vollständig erbrachter Beweis einer Einrede schon hin, um die rechtliche Nothwendigkeit der Berücksichtigung derselben bei der Urtheilsfällung zu begründen. Man kann hier folgende Fälle unterscheiden: 1) Ist der Beweis einer Einrede nach Erwägung der etwa erhobenen directen Gegengründe nicht bis zu einiger Wahrscheinlichkeit gebracht (die Einrede weniger als halb erwiesen), so verdient sie gar keine Beachtung, und es wird nach der Beschaffenheit des Anschuldigungsbeweises endlich erkannt. 2) Ist dagegen der Beweis einer die Strafbarkeit ganz ausschließenden Einrede vollständig dargethan, so wird der Angeschuldigte, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Anschuldigungsbeweises stets völlig freigesprochen. 3) Ist eine solche Einrede nur bis zur Wahrscheinlichkeit erhoben, so wird, wenn der Anschuldigungsbeweis vollständig ist und ohne die Einrede ein verurtheilendes Erkenntniß rechtfertigen würde, entweder auf Lossprechung von der Instanz erkannt, oder bei geringeren Vergehungen die Lossprechung durch einen Ergänzungseid bedingt. 4) Ist eine Einrede, welche einen die Strafbarkeit mindernden Grund betrifft, entweder vollständig erwiesen oder nur bis zur Wahrscheinlichkeit erhoben, so muß sie in beiden Fällen bei der Bestimmung der Strafe auf gleiche Weise berücksichtigt werden. Die Wahrscheinlichmachung der Einreden genügt, um zur Berücksichtigung derselben in der angegebenen Weise zu verpflichten, aus dem Grunde, weil nach dem Principe der materiellen Wahrheit ein auf die Strafzufügung einflußreicher Umstand so lange berücksichtigt werden muß, als nicht sein Absein criminalrechtlich gewiß ist, diese Gewißheit aber da nicht vorliegt, wo das Dasein desselben noch wahrscheinlich ist.

XI. Summarischer Beweis[126]).

Da es keinen eigentlich summarischen Criminalprozeß gibt[127]), so kann auch von einem summarischen Beweise der Verbrechen

126) Tittmann, Handb. III. §. 920. Stübel, Cr.-V. §. 1286 flg. u. 2989 flg. Henke, Darst. §. 199. Mittermaier, Strafverf. §. 207. Bauer, Lehrb. §. 249.

127) Martin, Lehrbuch §. 55. Note 11.

keine Rede sein, sondern es müssen alle Criminalfälle hinsichtlich der Beweisaufnahme mit gleicher Feierlichkeit behandelt werden. Nach der Strenge der Gerechtigkeit, welche die Zufügung auch des geringsten, nicht wirklich verschuldeten Uebels verbietet, läßt sich auch bei leichteren Vergehungen ein abgekürztes Verfahren und somit eine summarische Beweisung nicht wohl rechtfertigen. Man hat jedoch für ein solches Verfahren politische Gründe geltend gemacht und insbesondere angeführt, daß die Geringfügigkeit der auf geringe Vergehungen folgenden Strafen in keinem Verhältnisse mit dem Zeit- und Kostenaufwande stehen würde, welchen die Anwendung des regelmäßigen Strafprozesses erfoderte; daß selbst für den Inculpaten die weitläufige Procedur beschwerlicher wäre, als das Uebel, welches er im Falle einer Verurtheilung zu erleiden hätte, und daß endlich auch der Staat durch die Straflosigkeit dieser Vergehungen, die bei der Geltendmachung der Feierlichkeit und Strenge der für Criminalfälle bestehenden Beweisung nur zu oft einträte, in große Gefahr gerathen würde. Diese Gründe sind auch in der That dem practischen Leben entnommen, welches bei seiner Mannigfaltigkeit und Verwickelung nur zu oft Bedürfnisse erzeugt, die sich durch keine Theorie abweisen lassen, sondern für diese maßgebend sind, wenn sie mit der Wirklichkeit nicht in Widerstreit gerathen, vielmehr mit derselben im Einklange bleiben soll; nur zu oft würde das ängstliche Kleben an dem summum ius für die practischen Verhältnisse zur summa iniuria werden. Das dem strengen Rechte Widrige, welches die Theorie dabei zu finden glaubt, wird dadurch ausgeglichen, daß Alle im Staate in derselben Weise behandelt werden und mithin dem Einzelnen im Verhältnisse zu den Uebrigen kein Unrecht geschieht. Das Bedürfniß hat daher auch in allen Ländern verschiedene Arten eines abgekürzten oder summarischen Verfahrens in bald größerer bald geringerer objectiver Ausdehnung herbeigeführt. Das gemeine Recht enthält jedoch weder Vorschriften über die Fälle des Eintretens, noch über die Form eines solchen Verfahrens, welches in Teutschland nur historisch gemeinrechtlich ist. Es lassen sich deßhalb auch keine bestimmten Grundsätze über die bei demselben zu beobachtende Beweisführung angeben, da diese nicht überall in gleicher Weise stattfindet. Gewöhnlich liegt die Analogie des summarischen Civilprozesses zum Grunde. Im Allgemeinen läßt sich für den Fall der Ermangelung besonderer Landesgesetze, die natürlich zunächst zur Anwendung kommen, blos der Grundsatz aufstellen, daß dabei die wesentlichen Erfoderniſse der Beweisung überhaupt nicht verletzt werden dürfen, daß man daher insbesondere dem Angeschuldigten die vollständige Vertheidigung gestatte; daß man bei der Beweisaufnahme die Formen, welche auf die Beweiskraft der Beweismittel Einfluß haben, nicht unbeachtet lasse; daß man bei der Prüfung der Beweise dieselbe Sorgfalt, wie bei den schwersten Verbrechen anwende, und endlich eine Verurtheilung nur bei einem, nach den bei der summarischen Beweisung angenommenen Grundsätzen vollständigen Anschuldigungsbeweise, der weder durch einen directen Entschuldigungsbeweis nach denselben

Grundsätzen entkräftet, noch durch einen indirecten elidirt ist, eintreten lasse.

S. Jordan.

Bienenrecht. Nach römischem Rechte wurde die Biene in rechtlicher Beziehung den wilden Thieren gleich geachtet, deren Eigenthum dem ersten Besitzergreifer zufiel, dagegen aber auch von dem wirklichen actuellen Besitze abhängig war [1]). Diese Begriffsbestimmung ist auch in das teutsche Recht übergegangen sowie überhaupt in die Rechte des Mittelalters, in welchem die Bienenzucht einen sehr ausgebreiteten Zweig der Landwirthschaft gebildet zu haben scheint [2]). Daher nennt das sächsische Weichbild Art. 119 die Biene einen wilden Wurm.

Gesetzliche Quellen über das Bienenrecht fließen nur sehr sparsam und das oftgenannte Wietzemühlenrecht, von einer Mühle neben der Dorfschaft Wietze im Limburgischen herstammend, ist in seiner Existenz mehr als zweifelhaft [3]). Das Bienenrecht verdankt daher seine Ausbildung dem Gewohnheitsrechte, von welchem Einzelnes schon aus sehr alten Zeiten nachgewiesen werden kann [4]).

Die nach den bisher bekannt gewordenen Gesetzen und Gewohnheitsrechten feststehende Summe desjenigen, was man als Bienenrecht in Teutschland annehmen kann, läßt sich in den folgenden Sätzen zusammenfassen.

1) Bienenschwärme, welche sich nicht in dem Eigenthume und actuellen Besitze eines Anderen befinden, können, als den res nullius zugezählt, von dem beliebigen Besitzergreifer als Eigenthum erworben werden, mit Ausnahme jedoch solcher Schwärme von Waldbienen, welche sich in herrschaftlichen und privaten Forstgehägen finden, denn diese sind nach uraltem Herkommen Eigenthum des Forstherrn [5]).

2) Das Eigenthum der Bienen ist durchaus abhängig von dem unmittelbaren Besitze derselben, und ein entflohener Bienenschwarm kann daher von dem Eigenthümer nur so lange als Eigenthum zurückgefordert werden, als derselbe mit den Augen verfolgt werden kann und fremdes Eigenthum nicht verletzt zu werden braucht, um ihn wieder zu ergreifen.

3) Im Widerspruche mit dem Principe, daß die Bienen den wilden Thieren gleich zu achten seien, ist deren Eigenthümer, sofern er überhaupt zum Fleisch- oder Blutzehnten verpflichtet ist, verbunden, auch

---

1) §. 14. J. de rerum divisione. (2. 1.)

2) Du Cange Glossarium med. et inf. lat. v. arna.

3) Mascov notit. iur. et iudic. Prov. luneb. p. 50 sq.

4) Höchst schätzbare Materialien dazu sind gesammelt von Biener disp. iur. rom. et germ. de apibus Lips. 1773. (opusc. T. I. Nr. 1. Lips. 1830.) und Hagemann in von Bülow und Hagemann practischen Erörterungen, Th. II. Erört. VII. Th. VI. Erört. VII. u. Th. VII. Erört. CXXII. u. CXXIII.

5) Krebs de ligno et lapide P. I. A. 4. S. 1. §. 9.

von seinen Bienen den Fleisch- und Blutzehnten zu entrichten, was aber herkömmlich, auch wegen der Schwierigkeit der Naturalbeziehung, mit Geld geschieht [6]).

4) Die Bienenzucht ist ein völlig freies Gewerbe, und es ist also Niemand verboten, solche zu betreiben.

5) Auf seinem eigenthümlichen Grund und Boden kann ein Jeder nach seinem Belieben Bienen halten, ohne von seinen Nachbarn, mögen diese selbst Bienen halten oder nicht, daran verhindert werden zu können, wenn nicht Vertrag oder qualificirte Verjährung dem entgegenstehen, oder öffentliche Polizeirücksichten, z. B. in Städten und in der Nähe öffentlicher Anlagen und Heerstraßen, dieses verbieten, indem die Erfahrung es lehrt, daß besonders bei großer Sonnenhitze die Bienenschwärme Menschen und Vieh höchst gefährlich werden können [7]).

6) Werden dagegen auf Gemeinheiten Bienenschwärme angelegt, so ist der spätere Eigenthümer verpflichtet, seine Stelle von einer früher bestehenden so weit entfernt zu halten, daß diesem dadurch kein Nachtheil zugefügt wird. Nach dem Wietzemühlenrechte soll diese Distanz 2440 Schritte betragen, gewöhnlich nimmt man aber eine Entfernung von 800 Schritten als eine genügende an [8]).

7) Wie die wesentliche Bedingung aller Bienenzucht darin beruht, daß der Bienenwärter zur Zeit der Haide- und Buchweitzenblüthe seine Stöcke in die Blüthe setzen und mit denselben wandern kann, so ist es auch an mehreren Orten hergebracht, daß fremde Bienen in die Gemeinheit und Feldmark nicht aufgestellt werden dürfen. Eine solche Observanz ist in. [illegible] weit seltener, als ein allgemeines Zulassungsrecht, wofür von den fremden Bienenhaltern dem Eigenthümer des Grund und Bodens oder der Interessentenschaft einer Gemeinheit eine Abgabe entrichtet zu werden pflegt.

8) Zu den zweifelhaftesten Rechtsfragen möchte es gehören, in wie weit der Eigenthümer von Bienen für den durch diese gestifteten Schaden verantwortlich sei, denn mit den römischen Actionen de pauperie und ex l. Aquilia richtet man hier offenbar nichts aus [9]).

Als besonders eigenthümlich ist aber hier zu erwähnen, daß nach anerkannten Gewohnheitsrechten der durch sogenannte Raub- oder Heerbienen den Bienenstöcken zugefügte Schaden zu keiner Ersatzforderung berechtigt, weil es als Erfahrungssatz feststeht, daß nur an verwahrloste Stöcke die Raubbienen sich wagen, sowie das die Verkäufer von Butterhonig, d. h. der feinsten Art von Honig, mit welchem die Stöcke durchwintert werden, für dessen Reinheit haften und im

---

6) Haltaus Glossarium, v. Honigzehnte. Biener, Hagemann a. a. O.

7) Hannoversche Verordnungen vom 30. April 1824 und dort Art. 1825.

8) Hagemann a. a. O. II. S. 95.

9) Gesterding in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VI. S. 188 flg.

Gegenfalle vollständigen Schadenersatz leisten müssen, da auch die geringste Unreinlichkeit den Bienen zum Verderben gereicht. Gans.

Bischof[1]) ist der Kirchenobere, welcher, sowohl im Besitze der höchsten Weihe, als einer ordentlichen Jurisdiction, die Functionen derselben in dem ihm zugehörigen Sprengel (Diöcese) ausübt.

Der teutsche Ausdruck Bischof (Biscof, Pischolf) ist das verkürzte ἐπίσκοπος. Diesem entspricht superintendens, superinspector, speculator[2]). Insbesondere heißen die Bischöfe auch apostoli[3]), denn schon früh betrachtete die Kirche dieselben als Nachfolger der Apostel.

Ueberall, wo die Apostel das Evangelium lehrten, legten sie zugleich den Grund für die Erhaltung und weitere Verbreitung desselben, indem sie kirchliche Vereine anordneten und diesen Lehrer, Vorgesetzte gaben (senior, presbyter, episcopus)[4]). Sowie nun früher die Apostel, welche stets die Mitaufsicht führten (daher συμπρεσβύτεροι 1. Petri C. V. 1), das feste Band zwischen Christus, mit dem sie selbst in innigster Lebensgemeinschaft gestanden, und den Gemeinden bildeten, so später die Bischöfe, als successores apostolorum, deren Verbindung mit den Gemeinden darum als wesentlich angesehen wurde[5]).

Ueber das Verhältniß der Bischöfe zu den Presbyteren ist in späterer Zeit viel gestritten worden[6]). In den heiligen Schriften werden

---

1) Man sehe Thomassin vetus ac nova ecclessiae disciplina P. I. lib. I. c. 1—2. c. 50—60. Bingham origines ecclesiasticae lib. II. c. I—XIII. Joseph Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe und Pfarrer, dann deren beiderseitigen Gehilfen und Stellvertreter (2 Th. Prag 1832. 8.) Th. I. Absch. II. Literatur daselbst S. 6—9. — Die Quellen sprechen weniger in einzelnen Titeln, als wo das Object es erfordert, an vielen Stellen von den Bischöfen und den Gehilfen derselben. Es genüge ein Hinweisen auf die wichtigsten Abschnitte. Cod. Theod. lib. XVI. tit. II. Cod. J. de episcopis etc. (1. 3.) Cod. J. de episcopali audientia. (1. 4.) Viele Novellen und Bestimmungen in den Capitularien u. s. w. X. I. 31. lib. VI. I. 31. Clem. de officio iudicis ordinarii. (1. 9.) X. III. 39. lib. VI. III. 20. Clem. de censibus, ex actionibus et procurationibus. (3. 13.) X. V. 33. lib. VI. V. 7. Clem. de privilegiis etc. (5. 7.) u. a. m.

2) Siehe bes. Augustin de civitate dei lib. XIX. c. 19. verb. I. Petri II. 25. Daraus Conc. Aquisgram. c. 816. lib. I. c. 9. (Hartzheim Conc. Germ. T. I. p. 439.) c. 11. C. VIII. qu. I. c. 1. §. 7. dist. XXI. Eine genauere Nachweisung der sonst üblichen Bezeichnungen bei Bingham l. c. cap. II.

3) Cyprian ep. lib. III. ep. 9. a. 256. in c. 25. §. 1. dist. XCIII.

4) Apostelgesch. c. XIV. 23. tit. I. 5 sq. Apostelgesch. c. XVII. 14. I. Timoth. c. I. 3 sq. Meistens wurden wohl die zuerst Bekehrten auf diese Weise bestellt. Man vgl. I. Cor. XVI. 15.

5) Siehe bes. Ignatius ad Ephes. c. 7. ad Magnes. c. 4. 7. ad Trallian. c. 2. 7. ad Philadelph. c. 3. ad Smyrn. c. 8. u. a. m.

6) Vergl. die ausführliche Entwickelung und ältere Literatur bei Giesseler, Kirchengesch. Bd. I. §. 30, 33. Kist, über den Ursprung der bischöflichen Gewalt in der christlichen Kirche u. s. w. in Illgen's Zeitschrift für die historische Theologie, Bd. II. H. 2. N. 3. (Dagegen Marx in Platz neuer theolog. Zeitschrift, Jahrg. VIII. Heft 5 flg.) Münter, über die ur-

beide Ausdrücke gleichbedeutend gebraucht[7]), und erst nachher wird strenger unterschieden. Da aber das tridentinische Concil (sess. XXIII cap. IV de sacramento ordinis und an anderen Stellen), von der göttlichen Begründung der Hierarchie ausgehend, einen ursprünglichen Unterschied zwischen Bischöfen und Presbyteren statuirt[8]), so sind demnach verschiedene Zeugnisse des Alterthums interpretirt und mannigfache Hypothesen aufgestellt worden[9]). Eigenthümliche Verhältnisse haben in verschiedenen Gemeinden früher oder später einzelnen Gliedern unter den Beamten (Presbyterium) ein besonderes Uebergewicht verschafft, so daß der anfangs nur als primus inter pares Dastehende wirklich eine Stufe höher rückte und der Name episcopus nur dem Dirigenten des Presbyteriums verblieb. Eine bestimmte Theorie im Zusammenhange mit der Hierarchie konnte sich dann über den Episcopat entwickeln, deren Grundsätze hier nun nachgewiesen werden sollen.

Bischof und Presbyter nehmen als Priester (sacerdotes) die höchsten Stufen in der Hierarchie des ordo ein. Das sacerdotium selbst wird bald als ein, bald als zwei ordines betrachtet, richtiger aber wohl angenommen, daß es nur einen ordo mit zwei Graden bilde, so daß der episcopus nur den ordo presbyteri, jedoch in einer Steigerung besitzt[10]). Der Bischof ist ein consecrirter Presbyter.

Die Voraussetzungen für die Uebernahme der bischöflichen Würde sind zunächst die allgemeinen Requisite des Clericats und der Ordination, sodann noch einige eigenthümliche. Dahin gehört besonders ein bestimmtes Alter. Dieses war anfangs das 50. Jahr[11]), dann das 35.[12]), endlich das 30. Jahr[13]), wovon jedoch unter Umständen dispensirt werden kann[14]).

---

sprüngliche Identität der Bischöfe und Presbyteren u. s. w. in Ullmann u. Umbreit theol. Studien und Kritiken 1833. H. 3. Rothe, die Anfänge der christlichen Kirche und ihrer Verfassung, Bd. I. Wittenberg 1837. 8. (Dagegen Ferd. Christian Bauer, über den Ursprung des Episcopates in der christlichen Kirche, Tübingen 1838. 8.)

7) Vgl. Apostelgesch. XX. 17. 28. Tit. I. 5. 7. Philipp. 1. 4. Timoth. c. III. 1. 8.

8) Episcopos, qui in Apostolorum locum successerunt,... positos... a spiritu sancto, regere dei ecclesiam eosque Presbyteris superiores esse.

9) Außer den Note 5 citirten Schriften s. m. z. B. Helfert a. a. O. §. 19. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des gem. Kirchenrechtes Bd. II. Abth. I. §. 105.

10) Das Nähere hierüber ist im Art. Ordo auszuführen.

11) Constitut. Apost. lib. II. c. I, wo aber zugleich Ausnahmen für zulässig erklärt werden.

12) Nov. CXXIII. c. I. §. 1. vgl. c. XIII.

13) Nov. CXXXVII. c. II. c. 6. §. 2. dist. LXXVII. (Concil. Agathens. a. 506. c. 17.) c. 7. pr. X. de electione. (1. 6.) (Concil. Lateran. a. 1179.) c. 19. eod. (Innoc. III. a. 1199.) Auf c. 7. cit. nimmt Bezug das Conc. Trid. sess. VII. c. I. de reform. Daß das 30. Jahr vollendet sei, fordert Gregor XV. in der Constit. vom 15. Mai 1591.

14) Vergl. c. un. X. de comm. de postulat. (1. 2.) (Joh. XXII.) Lancellotti instit. iur. can. lib. I. tit. VIII. §. 2. Für das 25. Jahr

Eigene Bestimmungen finden sich öfter in neueren Gesetzen, so die Foderung des Indigenats[15]), daß die Person dem Landesherrn genehm sei[16]) und dergl. Schon das tridentinische Concil (sess. XXII cap. 2 de reform.) schreibt auch vor, daß die in das Gremium eines Hochstifts aufzunehmenden Mitglieder, also insbesondere der Bischof selbst, die Würde eines Doctors oder Licentiaten der Theologie oder des canonischen Rechtes erlangt haben, oder sich wenigstens durch ein Zeugniß der Universität darüber ausweisen sollen, daß sie die Fähigkeit Andere zu unterrichten besitzen. Jetzt wird fast allgemein der academische Grad gefordert[17]).

Der zur bischöflichen Stelle fähige Geistliche[18]) wird gewählt[19]). Ursprünglich geschah dieß durch die ganze Gemeinde; doch erlangte der Clerus schon früh hierbei ein Uebergewicht, welches wiederum zu Zeiten die Fürsten für sich in Anspruch nahmen. Seit Leo X. (Synode zu Rheims im Jahre 1049) war die Kirche bestrebt, den weltlichen Einfluß auf die Wahl zu beseitigen. Dieß gelang aber nicht allgemein und in den verschiedenen Ländern bildete sich eine abweichende Praxis, welche zum Theil durch besondere Concordate bestätigt wurde. Nähere Bestimmungen traf dann das Concil von Trient[20]), welche durch die neueren Vereinbarungen zwischen Rom und den Fürsten weiter modificirt wurden. Im Allgemeinen werden die Bischöfe von den Capiteln gewählt. In den Ländern katholischer Regierung ist aber zum Theil den Regenten das Ernennungsrecht zugestanden (so in Oesterreich, Bayern)[21]).

Der zum Bischof Erkorene bedarf noch der besonderen Approbation und der Weihe[22]). Schon früh finden wir, daß der zum

---

erklärte sich die Reformationsformel Carl's V. Hartzheim Coll. Conc. T. VI. p. 743.) Mißbräuchliche Ausnahmen siehe bei Gonzalez Tellez ad 7. X. cit. Nr. 6. T. I. p. 248.

15) Verfassungsurkunde für Bayern v. 1818 Tit. I. §. 5. für das Großherzogthum Hessen v. 1830 §. 15. u. a.

16) Man sehe die neueren Circumscriptionsbullen und Verfassungsurkunden.

17) Dieß erklären auch ausdrücklich die neueren Circumscriptionsbullen und die weltliche Gesetzgebung hält darauf. So in Preußen z. B. Cabinetsordre v. 13. Nov. 1834 für das Domstift Ermeland u. a.

18) Ueber Unterschied des eligibilis und postulabilis s. d. Art. Postulation.

19) Man sehe: wie wurden die Bischöfe in den ersten Jahrhunderten der christlichen Kirche gewählt? in Brander's kritischem Journale für das katholische Teutschland, Bd. VI. Heft 3. S. 311 flg. Rottweil 1825. F. A. Staudemaier, Geschichte der Bischofswahlen mit besonderer Berücksichtigung der Rechte und des Einflusses christlicher Fürsten auf dieselben, Tübingen 1830. 8.

20) Sess. XXIV. c. I. de reform. vgl. sess. VI. c. I. sess. VII. c. I. III. sess. XXII. c. II. de reform.

21) Das Specielle über Wahlform u. s. w. ist in anderen Artikeln mitzutheilen.

22) Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten Bd. I. Th. II. S. 224 flg. Locherer, die Bischofsweihe, in den Jahrbüchern für Theologie

Bischof Gewählte einer besonderen Prüfung [23]) unterworfen wurde, sowohl in Beziehung auf seine Fähigkeit, als die Giltigkeit der Wahl selbst. Die Entscheidung gebührte dem Metropoliten und der Provinzialsynode [24]). Fiel diese günstig aus, so folgte die Bestätigung und Weihe [25]). Der zu Weihende verpflichtete sich dann noch eidlich dem Metropoliten. Nach und nach kamen einzelne Provisionsrechte bei der Besetzung bischöflicher Stellen in die Hände des Pabstes, so insbesondere auch die Prüfung, Confirmation und Consecration [26]). Nur der Consecrationseid wurde noch später dem Metropoliten geleistet [27]).

Die Prüfung erfolgt (jedoch nicht immer) in Form eines Prozesses und ist eine zwiefache: der Informativprozeß (processus informativus) und der Wahl- oder Definitivprozeß (processus electionis, definitivus). Gestützt auf das ältere Recht bestimmt darüber das tridentinische Concil sess. XXII, cap. II de reform. sess. XXIV, cap. I de reform. [27]). Der Informativprozeß erfolgt in partibus electi (am Wohnorte) durch einen päbstlichen Bevollmächtigten und bezieht sich auf einen Nachweis aller persönlichen Verhältnisse des Erkorenen, sowie auf die zeitige Lage der Diöcese. Die darüber gefertigten Documente werden in dem Definitivprozesse zu Rom von der dazu angeordneten Congregation der Cardinäle geprüft und es ergeht dann, wenn kein Hinderniß vorhanden, die päbstliche Bestätigung. Für allgemein nothwendig gilt diese seit dem 14. Jahrhunderte. Sie soll regelmäßig innerhalb dreier Monate nach Annahme der Wahl eingeholt werden [29]).

---

und christliche Philosophie, Bd. V. H. II. N. III. Frankf. a. M. 1835. Siehe auch den Art. Consecration.

23) C. 2. Dist. XXIII. (Conc. Carthag. IV. a. 398. c. I.)

24) C. 8. dist. LXIV. (Conc. Nicaen. a. 325. c. 4.) c. 5. dist. LXV. (Conc. Antioch. a. 332. [? 341.] c. 19.) c. 6. dist. LXI. (Conc. Laodic. a. 372. [? 347—381.] c. 12.)

25) C. 1. dist. LXIV. (Conc. Nicaen. a. 325. c. 4.) c. 5. dist. LXV. (Conc. Carthag. II. a. 390. c. 12.) Mit Bezugnahme auf das Conc. Nic. Innoc. I. ep. ad Vitricium a. 405. (c. 5. dist. LXIV.) u. a. m.

26) Im 12. und 13. Jahrh. hatte noch der Erzbischof diese Rechte. Man s. z. B. c. 21. X. de electione (1. 6.) (Innoc. III. a. 1200.) c. 28. §. 1. X. eod. (idem a. 1205.) c. 44. X. eod. (idem a. 1215.) Einzelne Reservatfälle des Pabstes wurden mit der Zeit erweitert. Siehe c. 16. de elect. in VI. (1. 6.) (Nicol. III. a. 1278.)

27) Beispiele in meiner Abhandlung: über die Metropolitanverbindung Riga's mit den Bisthümern Preußens, in Illgen's Zeitschrift für die histor. Theologie, Bd. VI. H. II. N. 2. S. 151 flg. S. 172 flg. Seit dem 16. Jahrh. findet sich nur ausnahmsweise diese Leistung des Consecrationseides an den Erzbischof sowie überhaupt die Confirmation des Bischofes durch denselben. So beim Erzbischofe von Salzburg, vergl. Zallwein principia iuris eccl. T. IV. p. 799 sq. 823. Duerr diss. de iudice controversiarum etc. bei Schmidt thesaurus T. II. p. 434. not. a.

28) Wegen des Verfahrens bei dieser Prüfung erging von Gregor XIV. die Constitution: Onus Apostolicae, v. 1. Mai 1511, worauf Clemens VIII. zu dem Behufe die Congregatio examinis Episcoporum einrichtete und Urban VIII. im J. 1627 eine besondere Instruction erließ.

29) C. 6. de elect. in VI. (1. 6.) (Conc. Lugdun. a. 1274.) Die neue-

Der blos gewählte, noch nicht confirmirte Bischof darf keine Amtsfunction vollziehen [30]). Erst nach der Confirmation heißt er episcopus promotus [31]) und ist im Besitze der Jurisdictionsrechte [32]). Die ganze Fülle seiner Macht erlangt er aber nicht eher, bis er consecrirt worden. Die Consecration soll in drei Monaten nach der Bestätigung erfolgen [33]), und zwar durch wenigstens drei Bischöfe oder einen Bischof und zwei Prälaten [34]). Die heilige Handlung beginnt mit der eidlichen Verpflichtung des Bischofs gegen den Pabst [35]), dann folgt die Unterschreibung des Glaubensbekenntnisses, die Uebergabe der verschiedenen Insignien (s. unten), der päbstlichen Bullen und Breven, die Inthronisation, als förmliche Einweisung ins Amt, und die Ertheilung des Segens über die Versammlung durch den Consecratus [36]).

Die bei der Besetzung eines Bisthums ergehenden päbstlichen Erlasse sind, abgesehen von einzelnen durch besondere Umstände bedingten Modificationen, gegenwärtig [37]) folgende: 1) Bulle, mit weißer Schnur, die Bestätigung der Wahl und Einsetzung. 2) Bulle, mit bunter Schnur, zur Entkräftung etwaniger Censuren, insofern diese die Wirkung der Bestätigung entkräften oder vereiteln könnten. 3) Bulle, mit weißer Schnur, über die Consecration und mit dem Consecrationseide. 4) Bulle, mit weißer Schnur, zur Benachrichtigung des Metropoliten. 5—8) Bullen, mit weißer Schnur, zur Nachricht für

---

ren Vereinbarungen mit Rom bestätigen dieß (so für Bayern, Preußen u. a.). Die Frist eines Monates bestimmen die Circumscriptionsbullen für Hannover, die oberrheinischen Kirchenprovinzen u. a.

30) C. 9. 17. X. de elect. (1. 6.) Siehe Gonzalez Tellez zu diesen Stellen T. I. p. 261. 283. c. 1. X. comm. eod. (1. 3.) Anders ist es im Falle der Dispensation s. c. 44. §. 2. in fin. X. de elect. (1. 6.)

31) Siehe Gonzalez Tellez ad c. 7. X. de rescriptis (1. 3.) n. 3. T. I. p. 101.

32) C. 15. X. de elect. (1. 6.)

33) Siehe c. 11. dist. L. (Gregor. M. a. 597.) c. 1. dist. C. (Conc. Ravennat. a. 878.) u. a. c. 7. §. 1. X. de elect. (1. 6.) (Conc. Lateran. a. 1215.) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 2. de reform.

34) Synod. Arclat. I. a. 314. c. 20. Conc. Nic. (a. 325.) c. 4. (c. 1. dist. LXIV.) Synod. Arclat. II. a. 451. c. 5. (c. 7. X. de tempor. ordin. [1. 11.]) u. v. a. m.

35) In Spanien leistete schon im 7. Jahrh. der Consecrandus dem Metropoliten den Eid. c. 6. dist. XXIII. (Conc. Tolet. XI. a. 675. c. 10.) Seit dem 8. Jahrh. findet sich die Verpflichtung gegen den Pabst. (s. über den Eid des Bonifacius, dessen Leben von Othlo bei Mabillon Acta SS. Ord. S. Bened. T. I. und bei Canisius lect. antiquae T. II. P. I. p. 384.) Der von Gregor VII. im J. 1079 vorgeschriebene Eid (c. 4. X. de iure iur. (2. 24.) ist mit geringen Modificationen bis jetzt üblich geblieben. Siehe v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II. Abth. I. S. 145 flg.

36) Ueber das Einzelne s. m. die Anm. 22 cit. Lit. Vgl. auch die Actenstücke, die Inthronisation des Bischofes von Hildesheim im J. 1829 betreffend, in Spangenberg's neuem vaterländ. Archiv 1830. H. 1. S. 23 flg.

37) Wir theilen das Verzeichniß derselben nach einem im J. 1830 vorgekommenen Falle mit. Aus demselben läßt sich theilweise zugleich die gegenwärtige Stellung der Bischöfe zum Pabste erkennen.

das Domcapitel, die Geistlichkeit des Bisthums, die Lehnsleute der Diöcese und sämmtliche Gemeinden. 9) Bulle, mit bunter Schnur, als Ermächtigung zur Beibehaltung einer bisher besessenen Pfründe. 10) Audienzbescheid, daß bei der Consecration statt zweier Bischöfe zwei infulirte Aebte oder Domprälaten oder Domcapitularen assistiren können. 11) Facultates quinquennales formulae tertiae, als Audienzbeschluß, beglaubigt vom päbstlichen Hausprälaten [38]). 12) Facultates quinquennales der Pönitentiaria, zur Behandlung vorbehaltener Gewissensfälle [39]). 13) Beschluß der congregatio rituum, unter Vollziehung des Cardinaldecans, mit der Vollmacht, die Einsegnung von gottesdienstlichem Geräthe, die ohne Salbung verrichtet wird, an Priester zu übertragen. 14) Facultät zur Verlegung von Stiftungsmessen, als Audienzbeschluß, vollzogen vom Präfectus der congregatio Concilii. 15) Facultät zur Verminderung solcher Stiftungsmessen in gleicher Form. 16) Facultät zur Ernennung von zwölf Prosynodalrichtern, giltig auf 3 Jahre. 17) Facultät zur Ernennung von Synodalexaminatoren bis zur nächsten Synode, spätestens auf 3 Jahre. 18) Audienzbeschluß, mit der Erlaubniß, bei der Messe und anderen gottesdienstlichen Handlungen den Scheitel mit einem Käppchen (Barettino) bedecken zu dürfen. 19) Audienzbeschluß, mit der Ermächtigung zur Errichtung eines privilegirten Altars [40]), sowie zur Segnung von 10,000 Kreuzen, Bildchen, Betschnüren, deren Gebrauch mit gewissen geistlichen Wohlthaten verknüpft ist. 20) Indulgenzbreve zur Ertheilung des Ablasses bei Sterbenden unter Verleihung des päbstlichen Segens [41]). 21) Indulgenzbreve für Abgeschiedene. 22) Indulgenzbreve bei einer Missionsandacht. 23) Indulgenzbreve zum Ablaß bei Gelegenheit der ersten vom Bischof zu haltenden Synode. 24) Indulgenzbreve für das erste Hochamt. 25) Indulgenzbreve für eine allgemeine Communion. 26) Indulgenzbreve zum Ablasse bei der bischöflichen Visitation. 27) Indulgenzbreve zur Ertheilung des päbstlichen Segens auf Ostern oder einen anderen beliebig zu wählenden Festtag [42]).

Nach altem Gebrauche werden die Bischöfe noch besonders in Eid

---

38) Uebereinstimmend mit der Form, die v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II. Abth. 1. S. 148 flg. mittheilt.

39) Uebereinstimmend mit den Facultäten, die in meiner Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Bd. I. Th. I. Anhang Nr. III. S. 10—14. gedruckt sind. Diese Facultäten betreffen das forum internum, die anderen (Anm. 37.) das forum externum.

40) D. i. eines solchen, an welchem die Verrichtung des Meßopfers mit gewissen Ablässen verbunden ist, die auch den Todten zugewendet werden können.

41) Gemäß der Bulle Benedict's XIV.: Pia Mater Catholica Ecclesia, vom 5. April 1747. (Bullarium Bened. XIV. T. II. p. 161 sq.

42) Außerdem noch Formular des päbstlichen Segens, des Resultates des processus informativus, ein päbstliches Handschreiben mit liebevollen Ermahnungen u. s. w.

ihrer Landesherren genommen[43]). Nachdem durch das wormser Concordat der große Investiturstreit ausgeglichen, entstand darüber Zwist, ob die kirchliche Confirmation und Consecration oder die weltliche Belehnung der Bischöfe vorangehen solle. Das sächsische Landrecht, Buch III, Art. 59, entschied für das Letztere und in der Praxis wurde dieß auch meistens festgehalten. Daher empfangen in Teutschland auch jetzt noch die Bischöfe die kirchliche Prärogative und leisten den päbstlichen Eid erst, nachdem sie ihren Regenten verpflichtet worden[44]).

Nach Betrachtung dieser einleitenden Grundsätze lassen sich die einzelnen Rechte des Bischofs selbst darstellen. Diese sind nämlich theils solche, welche aus seinem ordo, theils solche, welche aus seiner Jurisdiction hervorgehen. Dazu treten dann noch besondere Ehrenrechte.

I. Iura ordinis.

Da der Bischof im Besitze des höchsten ordo ist, so vollzieht er alle darin liegenden Functionen. Einen Theil derselben übernimmt auch der mit ihm im sacerdotium stehende Presbyter, während manche nur ihm seiner höheren Stellung wegen gebühren. Jene sind daher iura communia, diese iura reservata, propria, pontificalia.

Gemeinsam mit dem Presbyter übt er die Seelsorge, zu welcher außer der Verrichtung der heiligen Handlungen besonders das Lehramt, die Predigt gehört[45]). Während er diese aber mehr den Priestern überläßt, sind ihm folgende Rechte vorbehalten:

1) Die Ordination[46]). Der Bischof ist der ordentliche Minister derselben und unterschied sich dadurch schon früh und anfangs allein vom Presbyter[47]). Die niederen Ordines dürfen aber auch Aebte,

---

43) Siehe Thomassin vetus ac nova eccl. disc. P. II. lib. II. c. 47–49. Binterim a. a. O. I. 2. S. 297 flg.

44) In Preußen schwört der Bischof folgenden Eid: Ich N. Bischof zu N. schwöre einen Eid zu Gott und auf das heilige Evangelium, daß, nachdem ich zum Bisthum N. befördert worden bin, ich Sr. königl. Majestät von Preußen, Friedrich Wilhelm III., als meinem allergnädigsten König und Herrn, und dereinst, wenn es Gott so fügen sollte, dem rechtmäßigen Nachfolger in der Krone, will hold, treu, gehorsam und unterthänig sein; nach Vermögen Sr. Majestät Bestes befördern, Schaden und Nachtheil verhüten, besonders aber eifrig darnach trachten, daß in den Gemüthern der meiner bischöflichen Leitung anvertrauten Geistlichen und Gemeinde die Ehrfurcht vor der kön. Majestät und die Liebe zum Vaterlande und der Gehorsam gegen die Gesetze tiefe Wurzel fassen möge, und nicht dulden, daß im entgegengesetzten Geiste gelehrt und gehandelt werde. Alles so wahr mir Gott helfe und sein heil. Evangelium. Ueber Bayern s. Concardat Art. XV. Auch enthalten die neueren Verfassungsurkunden meistens die Eidesformel. Siehe die unter Anm. 97 cit. Stellen.

45) C. 6. dist. LXXXVIII. c. 15. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Conc. Lateran. a. 1215.) Conc. Trid. sess. V. c. 2. de ref. (praedicatio Evangelii... est praecipuum Episcoporum munus) sess. XXIV. c. 4. de ref.

46) Bingham origines lib. II. c. III. §. V. (vol. I. p. 88 sq.) Gonzalez Tellez ad c. 11. X. de tempor. ord. (1. 11.) n. 4. T. I. p. 455. Conc. Trid. sess. XXIII. c. 4. 8. de ordine.

47) C. 24. §. 1. dist. XCIII. (Hieronymus ad Evagium.)

welche Priester sind, ihren Untergebenen ertheilen[48]). 2) Die Firmung der Getauften (confirmatio)[49]). 3) Die Verfertigung des heiligen Salböls (chrisma)[50]). 4) Die Consecration der res sacrae[51]), insbesondere Benediction des ersten Steines der Kirche[52]), die Reconciliation[53]) u. a. 5) Die Benediction der Aebte und Aebtissinnen[54]). 6) Die Salbung der Könige[55]).

II. Iura iurisdictionis.

Die Regierungsrechte des Bischofs, welche Ausfluß seiner Stellung in der Hierarchie der Jurisdiction sind, pflegt man verschieden zu classificiren und die dabei üblichen Ausdrücke abweichend zu deuten[56]).

Im Allgemeinen heißt das volle Recht des Bischofs, welches sich über die ganze Diöcese erstreckt, ius dioecesanum, lex dioecesana. Da aber Exemtionen von dieser Gewalt vorkommen (s. den Art. Bisthum), insbesondere die Befreiung von sonst hergebrachten Abgaben[57]), und da man in Beziehung hierauf sich des Ausdrucks lex dioecesana bediente[58]), unterschied man von der lex dioecesana

---

48) C. 11. X. de aetate et qualitate praeficiendorum. (1. 14.) (Innocent. III. a. 1210.) vgl. c. 3. de privileg. in VI. (5. 7.) (Alex. IV. a. 1260.) Conc. Trid. sess. XXIII. c. 10. de reform. Bei besonderem Auftrage des Pabstes kann jeder Priester die ordines minores, ja nach der Ansicht Mancher selbst den ordo diaconatus und subdiaconatus ertheilen. Siehe Gonzalez Tellez ad c. 1. X. de supplenda neglig. praelat. (1. 10.) n. 6. T. I. p. 424.

49) Siehe dist. V. de consecr. c. un. §. 7. X. de sacra unctione. (1. 15.) (Innoc. III.) Conc. Trid. sess. VII. can. 3. de confirm. Die griechische Kirche erklärt auch die Presbyteren für fähig. Siehe c. 4. X. de consuetudine (1. 4.) vgl. Holstenius de ministro et de forma sacramenti confirmationis. S. c. 1. dist. XCV. (Gregor I. a. 594.)

50) C. 1. §. 9. dist. XXV. (Isidor Hispal.) c. 1. 2. C. XXVI. qu. VI. (Conc. Carth. II. et III. a. 390. 397.)

51) C. 1. §. 9. dist. XXV. (Isid. Hispal.) c. 4. dist. LXVIII. (supposit.)

52) Conc. Mogunt. a. 1310. (Hartzheim Conc. Germ. T. IV. p. 204. 205.) Conc. Magdeburg. a. 1403. (eod. T. V. p. 703.)

53) C. 9. X. de consecr. eccl. (3. 40.) (Gregor IX. 1235.) c. un. eod. in VI. (3. 20.) (Bonifac. VIII. a. 1298.) Conc. Mogunt. a. 1310. (Hartzheim Conc. Germ. T. IV. p. 203.) Conc. Magdeb. a. 1403. (eod. T. V. p. 701. 703.)

54) C. 1. X. de suppl. neglig. praelat. (1. 10.) (Alex. III. a. 1169.) Dazu Gonzalez Tellez ad h. t. n. 4. 5.

55) C. un. §. 5. X. de sacra unct. (1. 15.) (Innoc. III. a. 1210.)

56) Darunter sehe man die Commentatoren zu c. 1. C. X. 9. 1. c. 34. C. XVI. 9. 1. und besonders zum c. 18. X. de offi. iud. ord. (1. 31.) Helfert a. a. O. I. §. 25. Eichhorn, Kirchenrecht I. S. 615, 616. Walter, Kirchenrecht §. 133. Insbesondere Glück, praecognita §. 36. Note 18. und v. Droste-Hülshoff II. 1. §. 147. Anm. 732.

57) Man s. z. B. c. 8. pr. in fin. C. X. qu. III. (Conc. Tolet. VII. a. 646. c. 4.)

58) So das Concil. Illerd. a. 546. im can. 3. (c. 1. C. X. 9. 1. c. 34. C. XVI. 9. 1.) In der Glosse heißt es dabei: nec tertiam. nec. quartam dabunt episcopo.

im engeren Sinne die lex iurisdictionis und verstand unter der letzteren die übrigen bischöflichen Rechte, außer den zu entrichtenden Abgaben.

Der Sprachgebrauch fixirte sich aber nicht gleich [59]), sondern wurde erst bei Gelegenheit eines Streites in Italien im Jahre 1218 von Honorius III. anerkannt, nach zwei Jahren in Gallien angewendet [60]) und seitdem beibehalten [61]).

Wir unterscheiden deshalb

a) lex iurisdictionis.

Wie in der Jurisdiction überhaupt, liegt auch hierin das Recht der Gesetzgebung, der Aufsicht und Vollziehung.

1) Die Gesetzgebung, in Beziehung auf Lehre und Disciplin.

Der Bischof wirkt bald durch die Publication allgemeiner Vorschriften seiner Oberen, bald durch den Erlaß besonderer Normen, zur Modification der allgemeinen Satzungen nach dem localen Bedürfnisse, auch wohl zur Einführung neuer Grundsätze, sowie mit Rücksicht auf die Umstände durch Ertheilung von Privilegien, Dispensationen u. s w.[62]). Bald ergehen dergleichen Normen unmittelbar und allein von ihm, bald aus gemeinsamer Berathung mit seinem Capitel, oder mit der auf einer Diöcesansynode versammelten Geistlichkeit [63]).

Die Form aller dieser Vorschriften ist die gewöhnliche, insbesondere auch die der Hirtenbriefe, welche bei verschiedenen Veranlassungen, beim Antritte des Amtes, in Zeiten besonderer Freude oder Betrübniß, beim Wechsel des päbstlichen Stuhles u. s. w. ausgehen.

---

59) In der allgemeinen Bedeutung finden sich die Ausdrücke noch in c. 9. X. de maiorit. et obed. (1. 33.) (Innoc. III. a. 1199.) c. 3. X. de in integr. restit. (1. 41.) (Innoc. III. a. 1208.) c. 15. X. de praescript. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1210.)

60) C. 16. 18. X. de off. iur. ord. (1. 31.) Nach dem Berichte des Janus a Costa und Franc. Florens ad c. 18. X. cit. ist der Unterschied überhaupt erst damals von Huguccio aufgestellt worden und zwar nach der Glosse zum c. 1. C. X. 9. 1. also: Lex dioecesana constitit in recipiendo vel cathedraticum, vel tertiam partem decimarum vel quartam vel hospitium. Lex iurisdictionis constitit in conferendo, potest etiam conferre sacramenta, coercere delicta, de causis cognoscere. Quandoque lex dioecesana comprehendit etiam legem iurisdictionis.

61) C. 1. de v. s. in VI. (5. 12.) (Innoc. IV. a. 1250.)

62) Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. IX. Wegen der Dispensationen s. Conc. Trid. sess. XXIV. c. 6. de ref. s. oben Anm. 38, 39.

63) Das Recht, eine Synode zu berufen, hat der Bischof als ein selbstständiges nach der Confirmation (s. oben Anm. 32). Zwar hat das Conc. Trid. sess. XXIV. c. 2. de ref. vorgeschrieben, daß jährlich Diöcesansynoden gehalten werden sollen. Dieß wird aber schon lange nicht befolgt. Die neueste Zeit scheint sich für das Institut mehr zu interessiren, und so hat z. B. im Juli 1838 der Erzbischof von Genua in einem Hirtenbriefe eine Synode angekündigt, nachdem seit 155 Jahren die letzte dort gehalten worden ist. Der Pabst hat dieß durch ein eigenes Schreiben v. 25. Febr. d. J. gebilligt. Siehe noch c. 9. X. de maior. et obed. (1. 33.)

Die legislative Wirksamkeit des Bischofs ist aber theils durch die Kirche selbst, theils durch den Staat beschränkt. Der Letztere übt ein mehr oder minder umfassendes Placet[64]).

2) Die Aufsicht[65]).

Diese erstreckt sich auf alle kirchlichen Personen und Institute, nach innerer und äußerer Rücksicht, auf alle Spiritualien und Temporalien. Zu dem Behufe werden besondere Visitationen angestellt, deren Vollziehung die Kirchengesetze aufs Ernsteste fordern[66]). Im Zusammenhange damit stehen Kirchensenden oder Sittengerichte, die in neuester Zeit wieder hergestellt worden sind[67]). Hierher gehört auch die Censur der Religions- und Andachtsbücher u. s. w.[68]), die Aufsicht über die theologischen Lehranstalten, die Verleihung geistlicher Stellen, insofern nicht Andere durch einen speciellen Titel näher betheiligt sind u. s. w.

3) Die Vollziehung.

Das canonische Recht zeichnet besonders die geistliche Gerichtsbarkeit aus (iurisdictio s. str.). Dahin gehört theils die Entscheidung kirchlicher Rechtsstreitigkeiten (iurisdictio in causis contentiosis), theils das geistliche Strafrecht (iurisdictio coercitiva)[69]). Wie weit hier der Bischof zu wirken befugt ist, bestimmen die particularen Rechte. Allgemein sind aber seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts Beschränkungen erfolgt[70]).

b) Lex dioecesana.

Dahin gehören nach dem seit dem 13. Jahrhunderte anerkannten Sprachgebrauche (s. oben) verschiedene Abgaben.

1) Als Zeichen der Subjection zahlen dem Bischofe die einzelnen Kirchen oder Benifizien ein sogenanntes cathedraticum oder synodaticum, dessen Größe verschieden ist[71]). Die Leistung erfolgte

---

64) Siehe den Art. Placet. Vergl. österreich. Hofdecret vom 20. Febr. 1782 u. a. Preuß. allgem. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 48. Kein Bischof darf in Religions- und Kirchenangelegenheiten ohne Erlaubniß des Staates neue Verordnungen machen u. s. w. und alle neueren Verfassungsurkunden.

65) Das Nähere im Art. Visitation.

66) Synod. Colon. provinc. a. 1536. P. I. init. (Hartzheim Conc. Germ. T. VI. p. 243.) Synod. Colon. prov. a. 1549. (eod. p. 546 sq.) Das Conc. Trid. sess. XXIV. c. 3. de ref. schreibt vor, daß alle zwei Jahre die ganze Diöcese visitirt werden müsse. Ueber die Mitwirkung der Archidiaconen dabei siehe oben den Art. Archidiaconus.

67) Man s. z. B. die Instruction des Bischofs von Fulda vom 1. Juli 1835. (Rheinwald acta historico-ecclesiastica sec. XIX. Hamburg 1838. a. 1835. p. 241—244.)

68) Preuß. Censuredict §. 5 u. a.

69) Das Genauere im Art. Geistliche Gerichtsbarkeit.

70) Das preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. XI. §. 126 gestattet gegen Geistliche höchstens die Anwendung einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe. Nach §. 125 eod. werden aber geistliche Bußübungen, deren Dauer gesetzlich nicht beschränkt ist, nach dem Urtheile des Bischofs auferlegt. — Die Vorschriften des österreichischen Rechtes finden sich bei Helfert a. a. O. I. S. 206 flg.

71) In Spanien gewöhnlich 2 solidi, s. c. 1. C. X. 9. 3. (Conc. Bra-

um Ostern (paschalis praestatio), oder auch um Pfingsten (processio pentecostalis)[72]). Die Abgabe ist nie eine allgemeine gewesen und häufig in späterer Zeit weggefallen.

2) Vermöge der früher üblichen Verwaltung der kirchlichen Einkünfte durch den Bischof und der dabei vorkommenden Theilung in vier oder drei Portionen erhielt der Bischof eine Rate auch von den Zehnten und Oblationen (quarta decimarum)[73]), die aber später nicht mehr entrichtet ward.

3) Aus gleichem Grunde, wie bei der quarta decimarum, erhielt der Bischof auch eine quarta funeraria oder canonica von der Abfindung, die derjenige seiner Pfarrkirche zahlen mußte, welcher sich an einem anderen Orte beerdigen ließ[74]). Wo diese Abgabe seit 40 Jahren hergebracht war, bestätigte sie das tridentinische Concil[71]).

4) Unter denselben Gesichtspunct fiel die quarta legatorum von Vermächtnissen an die Kirche[76]) und

5) die quarta canonica mortuariorum (?) von der Verlassenschaft der Geistlichen, welche über ihr Vermögen nicht verfügen durften[77]); was später jedoch meistens wegfallen ist, da dem Clerus die Disposition über das Vermögen zusteht.

Vermöge des Provisionsrechtes erhielten die Bischöfe von den durch sie Bepfründeten öfter Annaten, nach mäßiger Taxe die Einkünfte Eines Jahres[78]), sowie eine wiederkehrende Abgabe von Com-

---

car. a. 572. c. 2.) c. 8. eod. (Conc. Tolet. VII. a. 646. c. 4.) Ebenso c. 16. X. de off. iud. ord. (1. 31.) vergl. c. 20. X. de censibus (3. 39.) (Innoc. III. a. 1206.). Statt des Geldes kommen auch Naturalien vor. Siehe Capit. Caroli Calvi a. 844. c. 2. 3.

72) Siehe c. 15. X. de praescript. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1210.)

73) In Gallien war es die pars quarta. Conc. Aurelian I. a. 511. c. 5; in Spanien die pars tertia. Conc. Tolet. IV. a. 633. c. 33. Tolet IX. a. 655. c. 6. (c. 4. C. XII. qu. III.) — Siehe noch c. 16. X. cit. (1. 31.) c. 4. X. cit. (2. 26.) c. 13. X. de decimis. (3. 30.) (Alex. III. a. 1170.)

74) C. 1. 8—10. X. de sepulturis. (3. 28.) (a. 810. 1186. 1190.) c. 2. eod. in VI. (3. 12.) (Bonifac. VIII. a. 1298.) Clem. II. eod. (3. 7.) (Conc. Vienn. a. 1311.)

75) Sess. XXV. cap. 13. de ref.

76) C. 16. X. cit. (1. 31.) c. 14. 15. X. de testamentis. (3. 26.) (Innoc. III. a. 1208.)

77) Daß, da die Kirche ihre Cleriker beerbte, der Bischof Antheil an dem Erwerbe hatte, ist unzweifelhaft. (Man s. z. B. Gercken, ausführl. Stiftshistorie von Brandenburg, Documente N. 126. 157b. u. a.) Der Ausdruck quarta mortuariorum scheint aber dafür nicht vorzukommen. Vielmehr bezieht sich mortuarium auf Leistungen der verstorbenen Parochianen an ihre Kirche, wovon der Bischof die quarta erhielt (s. Du Cange s. h. v. Gonzalez Tellez ad c. 14. X. de testamentis n. 2. T. III. p. 499). Für den Erwerb aus dem Nachlasse der Geistlichen findet sich bei Gercken a. a. O. ius percipiendi res plebanorum decedentium, quod a quibusdam synodalia et a quibusdam cathedraticum nuncupatur. Weiteres darüber berichtet auch Behrends in v. Ladetur neues Archiv für Geschichtskunde des preuß. Staates 1836. Bd. I. H. 2. S. 143 flg.

78) Häufig blieben aber Geistliche davon befreit. Ein eigenes Privilegium

mende- oder Commissionsgeldern, indem einzelne Stellen nicht bleibend (in titulum), sondern nur provisorisch (in commendam) verliehen wurden, wofür bei der jährlichen neuen Bestätigung die Gebühr entrichtet ward[79]). Desgleichen Absenzgelder für Dispensation von der Residenz, besonders bei der Commulation von Benefizien[80]).

7) Bei Vollziehung seiner Visitation wurde schon früh dem Bischofe der nöthige Unterhalt verabreicht (stipendium, procuratio, circada [circatus, circatura, circuitio], comestio, servitium u. a.). Bald ergingen aber Klagen wegen übertriebener Forderungen[80]), zumal da statt der Bewirthung ein Geldäquivalent beansprucht wurde. Dieß wurde anfangs verboten[82]), später aber den Visitirten überlassen, ob sie Naturalien liefern oder Geld zahlen wollten[83]). Indessen fehlte es auch nachher nicht an Erpressungen[84]), und besonders sah man sich genöthigt zu verbieten, daß für Verschonung mit der Visitation Geld entrichtet würde[85]). Das tridentinische Concil[86]) überläßt es gleichfalls der Wahl der Visitirten, die Procuration in Geld oder Naturalien zu entrichten, bestimmt aber auch, daß, wo nach der Gewohnheit solche Abgaben nicht hergebracht sind, sie nicht gefordert werden können[87]). Meistens bestreitet jetzt auch der Bischof die Kosten von seinen Tafelgeldern.

8) Für außerordentliche Fälle der Noth hat der Bischof Anspruch auf ein subsidium caritativum (charisterium, Weih-, Inful-, Cathedralsteuer)[88]), welches aber, wenn es einmal bewilligt worden,

---

besaß in dieser Rücksicht der teutsche Orden durch Bonifaz. IX. vom J. 1392. (Siehe den bei Voigt, Geschichte Preußens Bd. VI. S. 742. Anm. 1. cit. Jaeger Cod. diplom. ord. Teut. T. II.)

79) Siehe c. 54. X. de elect. (1. 6.) (Gregor IX.)

80) Siehe Jäger, über Absenz und Tafelgelder, Ingolstadt 1825.

81) C. 6. C. X. q. 3. (Conc. Tolet. III. a. 586. c. 20.) c. 10. eod. (Pelagius II. c. a. 590.) c. 8. eod. (Conc. Tolet. VII. a. 646. c. 4.) c. 7. eod. (Conc. Cabillon. II. a. 813. c. 14.) — c. 6. X. de censib. (3. 39.) (Conc. Lateran. a. 1179.) c. 23. eod. (Conc. Lateran. a. 1216.)

82) C. 1. de censib. in VI. (3. 20.) (Innoc. IV. a. 1252.) c. 2. eod. (Gregor X. a. 1274.)

83) C. 3. de censib. in VI. (3. 20.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

84) Siehe c. un. extr. comm. de decimis. (3. 7.) (Bonifac. VIII. a. 1300.) c. un. extr. comm. de censib. (3. 10.) (Benedict. XII. a. 1336.) Conc. Gnesn. publ. Vratislav. a. 1511. (Hartzheim Conc. Germ. T. VI. p. 76.) u. a.

85) C. 6. de off. ord. in VI. (1. 16.) (Bonif. VIII. a. 1299.) u. a.

86) Sess. XXIV. cap. 3. de reform.

87) Exemtionen, welche früher vorkamen, sollten in Folge eines Beschlusses des Concils von Vienne von 1311 nicht mehr bewilligt werden, s. c. 23. X. de censib. vgl. Clem. I. eod. (3. 13.) Auch sollte keine Verjährung gegen diese Leistung stattfinden c. 16. X. de praescriptionibus. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1212.)

88) C. 16. X. de off. ord. cit. c. 6. in fin. X. de censib. cit. (Gonzalez Tellez ad h. l. not. r. T. III. p. 804.) c. 1. de poenitentiis in VI. (5. 10.) (Innoc. IV. a. 1245.) Ein Beispiel einer solchen petitio nach besonderer Vereinbarung mit dem Bischofe von Brandenburg bei s. Gerken,

geleistet werden muß. Die Anordnung erfordert den Consens des Capitels und nach den jetzigen Verhältnissen das Placet des Staates [89]).

Außer diesen Einnahmen, insoweit sie noch bestehen, hat der Bischof seinen Hauptunterhalt in dem vom Staate gewährten Gehalte, dessen Größe meistens durch die neueren Vereinbarungen mit dem päbstlichen Stuhle genau bestimmt ist.

III. Iura status et dignitatis.

Der Bischof hat eine hohe Würde, vermöge deren er, mit Ausnahme der Cardinäle, allen Prälaten des zweiten Ranges vorgeht [90]). Diese Würde wird durch ausgezeichnete Prädicate anerkannt [91]). Schon früh heißen sie reverendissimi, sanctissimi, beatissimi [92]), instar illustrium [93]). Jetzt werden sie gewöhnlich angeredet: Illustrissimi et reverendissimi, Hochwürdigste, bischöfliche Gnaden, und wenn sie Fürstbischöfe sind: Durchlaucht. Die Particularrechte geben darüber nähere Bestimmungen. So das preußische Ministerialrescript vom 12. April 1832 [94]), nach welchem die Bischöfe angeredet werden: Hochwürdigster Bischof, Ew. bischöfliche Hochwürden. Sich selbst nennen die Bischöfe in ihren Erlassen: Nos Dei miseratione et apostolicae sedis gratia [95]). Die Rangverhältnisse der Bischöfe haben sich seit

---

ausführl. Stiftshistorie von Brandenburg, Cod. dipl. n. 138. a. p. 643. Arme blieben davon befreit, s. das Gutachten in meiner Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, Bd. I. Th. I. Anh. Nr. I.

89) Siehe Frei, Commentar über das Kirchenrecht, Th. II. S. 367. — In Preußen ist durch königl. Cabinetsordr. v. 13. April 1825 für die westlichen und v. 24. Mai d. J. für die östlichen Provinzen des Staates eine dauernde Kathedralsteuer zur Erhaltung der bischöflichen Kirchen angeordnet worden.

90) Siehe Conc. Trid. sess. XXV. c. 17. de reform.

91) S. oben Anm. 1. Dazu Binterim a. a. O. I. 2. S. 139 flg.

92) S. z. B. Tit Cod. J. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. 7. 9. 16. u. a.

93) C. 5. de sent. et re iud. in VI. (2. 14.)

94) v. Kamptz Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, Heft 78. Berlin 1832. S. 415, 416.

95) Es ist bestritten, seit wann die Bischöfe sich: Dei gratia et apostolicae sedis providentia genannt haben. (Man vergl. die Monographien von Geisler, Hagelgans, Tilesius, Heumann etc. de titulo Dei gratia.) Die Behauptung, daß zuerst der Erzbischof von Nikosia auf Cypern im J. 1251 diesen Titel gebraucht habe (Zallwein principia iuris eccl. T. IV. 278 u. a.), ist falsch. Bereits im J. 1121 schrieb Adalbert, Erzbischof von Mainz, an den Pabst: Calixto beatissimo Domino suo et Patri universalis ecclesiae A. Dei et sui gratia quidquid est, debitam obedientiam. (Neues Lehrgebäude der Diplomatik übersetzt von Adelung, Bd. VIII. S. 183.) Im J. 1152 enthält ein Brief Eberhards II. Bischofs von Bamberg, an den Pabst die Worte: Reverentissimo . . . Augenio, summo Pontifici .... Eberhardus, humile opus manuum mearum, divina et apostolica gratia (al. miseratione) si quid est, . . . debitam .... devotionem. (Pez thesaur. T. VI. p. 368. Binterim a. a. O. I. 2. S. 153 flg.) Dann nennt 1224 sich Walter Bischof von Chatres: divina permissione et apostolica auctoritate. — Allgemein wurde die Bezeichnung erst seit dem Anfange des 14. Jahrh. S. noch Mabillon de re diplom. lib. II. c. 2. §. 10.

der Säcularisation und seit der Aufhebung des teutschen Reichs wesentlich geändert und beruhen jetzt auf besonderen weltlichen Sanctionen[96]), nach welchen sie auch öfters Mitglieder der Ständeversammlungen sind[97]).

Die Insignien der Bischöfe sind der gekrönte Stab (pedum, baculus pastoralis), als Zeichen des Hirtenamts[98]), der Ring, als Symbol des matrimonium spirituale der Kirche und des Bischofs[99]), die Infula (mitra, cidarus bicornis), zur Bezeichnung der Würde überhaupt[100]), der bischöfliche Thron. Bei feierlichen Functionen bedient er sich einer eigenen Pontificalkleidung[101]), sonst eines violetten Talars und gleichfarbiger Strümpfe.

Einzelne Bischöfe besitzen auch das sonst den Erzbischöfen gebührende Pallium[102]).

Die Pflichten des Bischofs folgen größtentheils schon aus seinen Rechten; so die Seelsorge im weitesten Umfange, die Visitation der Diöcese u. s. w. Insbesondere dringen die Kirchengesetze darauf, daß der Bischof Residenz halte. Während früher eine Entfernung gestattet war, welche nicht die Zeit eines Jahres überstieg[103]), wurde durch das tridentinische Concil nur die auf 3 Monate bewilligt[104]). Die den Bischöfen bei ihrer Vereidung auferlegte Pflicht, alle drei Jahre Rom zu besuchen (visitare sacra limina apostolorum), wird nicht mehr befolgt.

---

96) S. bayer'sches Edict v. 10. Jan. 1822, sächsische Verordnung v. 5. April 1821, preuß. Cabinetsordre v. 4. Oct. 1821.

97) Zur ersten Kammer gehören dieselben in Baden (Verf.-Urk. §. 27, 69), im Großherz. Hessen (Verf.-Urk. Art. 52) u. a., zur zweiten in Würtemberg (Verf.-Urk. §. 133, 163) u. a.

98) Schmid de baculo pastorali. Helmstad 1726. 4. Binterim a. a. O. Bd. I. Th. II. S. 339 flg.

99) Schmid de annulo pastorali. Helmstad. 1726. 4.

100) Es ist bestritten, seit wann die Bischöfe sich der Mitra bedient haben. (Siehe Binterim a. a. O. I. 2. S. 348 flg. Calcagni de mitra episcoporum, Venetiis 1829.) Die Form war anfangs rund, seit dem 11. Jahrh., da ihr Gebrauch allgemeiner ward (s. Mader, krit. Beiträge zur Münzkunde, Bd. I. S. 124. Bd. II. S. 18), die jetzige.

101) Siehe c. un. §. 9. X. de sacra unctione (1. 15.) und dazu Gonzalez Tellez n. 27 sq. T. I. p. 515. Derselbe zum c. 7. X. de usu et authorit. pallii (1. 8.) n. 2. T. I. p. 396.

102) So früher der von Würzburg, Bamberg, Passau u. a. Der Bischof von Ermeland erhielt dasselbe von Benedict XIV. im J. 1742 (s. Bullarium Bened. XIV. T. III. p. 255). Als im J. 1753 der Bischof von Würzburg, welcher dem Metropoliten von Mainz unterworfen war, das Pallium erhielt, wurde heftig darüber gestritten, ob auch nicht exemte, also Suffraganbischöfe das Pallium erlangen dürften. Dafür J. C. Barthel de pallio Hartipol. 1753. 4. Dagegen J. G. Pertsch de origine, usu et auctoritate pallii Helmst. 1754. 4.

103) L. 43. C. de episcopis. (1. 3.) Nov. VI. c. 2. 67. c. 3. 1231. c. 9. vgl. Tit. de clericis non residentibus XIII. 4. lib. VI. III. 3.

104) Sess. VI. c. 1. 2. de reform. sess. XXIII. c. 1. sess. XXV. c. 1. de ref.

Des Zusammenhanges wegen weisen wir hier noch übersichtlich die Gehilfen der Bischöfe nach, während von den einzelnen derselben in besonderen Artikeln die Rede sein muß.

Die Mannigfaltigkeit der Geschäfte, besonders in früherer Zeit, als die Bischöfe wegen ihrer landesherrlichen Macht, oder wenigstens durch die Theilnahme an den Reichsverhandlungen, auch viele weltliche Angelegenheiten wahrzunehmen hatten, sowie der oft bedeutende Umfang der Diöcesen veranlaßte die Bischöfe, sich besondere Gehilfen anzunehmen, welche für sie die Seelsorge und Pontificalien oder die Jurisdiction verwalteten.

Außerdem daß dem Bischofe sein Capitel, das Consistorium und die Curie zur Seite steht, hat er oft noch besondere Vertreter. Seine iura ordinis communia übernehmen Archipresbyteri, in deren Stelle meistens das Capitel selbst getreten ist[105]). Für die iura ordinis reservata ist in der Regel ein Weihbischof (episcopus titularis in partibus infidelium) bestellt. Die Jurisdiction verwalteten gleichfalls zum Theil die Archipresbyteri, in höherem Grade aber die Archidiaconen[106]), in deren Stelle besondere Commissarien (officiales foranei) oder formirte Collegia, Officialate, gekommen sind. Als ein eigentlicher Bevollmächtigter für die ganze Jurisdiction des Bischofs erscheint der Generalvicarius. Für außerordentliche Fälle der Behinderung des Bischofs wird ein Coadjutor bestellt[107]).

Das Recht über die Stellung des Bischofs in der griechischen Kirche stimmt im Wesentlichen mit dem eben Dargestellten überein[108]). Andere Grundsätze dagegen gelten in der evangelischen.

Durch die Reformation wurde eine Suspension der Rechte der katholischen Bischöfe bewirkt. Die Befugnisse aber, welche mit dem Geiste der neuen Confession vereinbar waren, gingen in den meisten Ländern auf die Landesherren über, welche so den Character evangelischer oberster Bischöfe erlangten[109]). In manchen Territorien wurde aber auch die bischöfliche Würde der Geistlichen daneben forterhalten,

---

105) S. oben den Art. Archipresbyter S. 431—433.

106) S. oben diesen Art. S. 427, 428.

107) Siehe Pütter, Literatur des teutschen Staatsrechtes, Bd. III. §. 1465. S. 687. Klüber's Fortsetzung §. 1465. S. 532. Jetzt vgl. man noch besonders: das Metropolitandomcapitel zu Cöln in seinem Rechte, Cöln 1838. 8.

108) Man s. Walter, Kirchenrecht §. 156—158. S. auch oben Anmerk. 48.

109) Ueber das bischöfliche Recht in der evangelischen Kirche in Teutschland, Berlin 1828. 8. (Besonderer Abdruck aus v. Kamptz Jahrbüchern der preuß. Gesetzgebung, Heft 61. S. 25—150.) Der Grund des landesherrlichen Episcopates wird verschieden deducirt in dem Territorial-, Episcopal- u. Collegialsystem.

jedoch verschieden vom katholischen Episcopate und in den einzelnen Landeskirchen nicht übereinstimmend.

Im Herzogthum Preußen behielten die evangelisch gewordenen Bischöfe von Samland[110]) und Pomesanien ihre Würde bei, entsagten aber gleich ihrer bisherigen äußeren Macht und widmeten sich mehr der Seelsorge. In fortwährendem Kampfe des Herzogs und der Stände erhielt sich diese Würde bis zum Ende des 16. Jahrh., dann traten an die Stelle der Bischöfe zwei Consistorien. Um den Glanz seiner neu erworbenen Krone zu erhöhen, verlieh im Jahr 1701 Friedrich III., als König Friedrich I., seinen Hofpredigern Arsinus (später v. Bär) und v. Sanden wieder den bischöflichen Titel, jedoch nur vorübergehend und ohne in der Verfassung der Kirche eine Aenderung eintreten zu lassen[111]). Nach dem Beispiele seines Vorfahren beschloß Friedrich Wilhelm III. am Friedens- und Krönungsfeste 1816, zur Belohnung ausgezeichneter Verdienste im geistlichen Stande, zwei Bischöfe der evangelischen Kirche zu ernennen, ohne jedoch dadurch irgend etwas in der Verfassung der evangelischen Kirche beider Confessionen aus dem Wirkungskreise der durch diese Würde ausgezeichneten Männer zu ändern. Demgemäß wurde bestimmt, daß diese Würde eine Anerkennung ausgezeichneter Verdienste im geistlichen Stande sei und zur Emporhebung auch des äußeren Ansehens der evangelischen Kirche beider Confessionen gereichen soll, weshalb die ernannten Bischöfe den Rang der königlichen Oberpräsidenten haben und ihnen in der Anrede und im Schreiben das Prädicat Hochwürdiger, sowie alle übrigen Vorzüge und Ehrenrechte eines Bischofs beigelegt und ertheilt werden sollen[112]).

Gleichzeitig wurde auch wegen der Amtskleidung der Bischöfe bestimmt, daß sie sich von der der übrigen Geistlichen nur dadurch unterscheiden sollte, daß der Talar derselben von schwarzem Seidenzeuge gefertigt und daß sie über demselben ein plattes goldenes Kreuz an einem schwarzseidenen gewässerten Bande um den Hals bis auf die Mitte der Brust tragen würden.

In Preußen sind demnach die Bischöfe nur Generalsuperintendenten[113]) mit einer höheren Würde. In den übrigen teutschen Ländern

---

110) Der Bischof von Samland, Georg v. Polenz, ist überhaupt der erste Bischof, der sich zur neuen Lehre bekannte.

111) Siehe Nicolovius, die bischöfliche Würde in Preußens evangelischer Kirche, Königsberg 1834. 8. — Ueber die im J. 1701 erfolgte Herstellung v. Baczko, Gesch. Preußens Bd. VI. S. 297 flg. Henke, allgem. Gesch. der christl. Kirche Th. IV. S. 561 flg. Nicolovius a. a. O. S. 327, 328, und desselben Aufsatz: Geschichte der bischöflichen Würde in der evangelischen Kirche, in der allgemeinen Kirchenzeitung, Darmstadt 1837. Februar Nr. 19—22.

112) Rescript des Ministeriums des Innern vom 9. Febr. 1816 (public. durch die Amtsblätter). Seitdem sind auch mehrere andere Bischöfe ernannt worden. Durch Cabinetsordre vom 19. April 1829 (Nicolovius a. a. O. S. 96) wurde selbst der bisherige Bischof Borowski zum Erzbischofe erhoben.

113) Ueber diese s. m. den Art. Superintendent. Für Preußen vgl.

ist der Name Bischof nicht wieder eingeführt. Nur im Herzogthume Nassau folgte man dem Vorgange Preußens, jedoch mit dem Unterschiede, daß der Bischof wirkliche höhere Befugnisse erlangte[114]). Demselben steht nämlich zu: 1) Die Oberaufsicht über die ganze Geistlichkeit und alle kirchlichen Institute im Bereiche des Landes; 2) die Mitsorge für die Erhaltung und zweckmäßige Verwaltung des ganzen Kirchenvermögens; 3) ist er die obere Disciplinarbehörde der Geistlichen und hat das Recht ihnen Verweise zu ertheilen und Geldstrafen aufzulegen.

Er steht unmittelbar unter der Regierung, welche für die geistlichen Sachen in die Stelle der Consistorien getreten, ist deren correspondirendes Mitglied und deren beständiger Referent für alle Disciplinarsachen, sowie für die Besetzung erledigter geistlicher Stellen.

Die früher mit den katholischen wechselnden Fürstbischöfe von Osnabrück und die von Lübeck haben seit der Säcularisation ihre Bedeutung verloren. In höherem Grade besitzen eine solche noch jetzt die Bischöfe in England, sowie zum Theil in Schweden, Dänemark und Norwegen[115]).

H. F. Jacobson.

Bisthum heißt der Sprengel, in welchem ein Bischof sich den ihm überwiesenen Functionen unterzieht. Der Ursprung der Bisthümer hängt mit der Entwickelung der ganzen kirchlichen Verfassung zusammen. Ueberall wo die Apostel das Christenthum begründeten, bildeten sich bald kirchliche Gemeinschaften. Anfangs waren diese noch klein und bestanden oft nur aus wenigen Wohnern oder Familien an einem Orte. Von solchen brauchte man darum den Ausdruck παροικεῖν, παροικία, Parochie[1]) und behielt denselben auch späterhin bei, nachdem die Gemeinde sich nicht nur in sich selbst vergrößert, sondern auch andere Kirchen mit sich verbunden hatte; denn die Apostel begannen die Verbreitung des Evangeliums in den größern Städten des römischen Reichs, von wo aus leichter Einfluß auf die Umgegend, beson-

---

Cabinetsordre vom 7. Febr., Bestimmung vom 29. Aug. 1828 (v. Kamptz, Annalen der inneren Staatsverwaltung, Bd. XIII. H. 1. S. 66, 67). Instruction vom 14. Mai 1829 (daselbst Bd. XIV. H. 2. S. 277 flg.).

114) S. Edict vom 8. April 1818. vgl. Otto, Handbuch des bes. Kirchenrechtes im Herzogthum Nassau §. 32 flg.

115) Die Beschränkung in unserer Darstellung auf Teutschland gestattet nicht, das Einzelne der bischöflichen Verfassung dieser Länder zu betrachten. Es genüge daher die Verweisung auf Walter, Kirchenrecht §. 164 flg. Man s. noch Clausen de muneris episcopalis in ecclesia evangelica gravitate et pulchritudine, Hauniae 1830. 8.

1) Ursprünglich ist παροικία eine von mehreren Bewohnern (πάροικος ist so viel als incola siehe L. 239. §. 2. D. de V. S.) gebildete Gemeinde, größer als eine μονοικία (s. Balsamon und Zonaras zum can. XVII. Conc. Chalcedon. bei Beveregius Synodicon T. I. p. 133 sq.). Schon früh findet es sich für kirchliche Gemeinde (s. Gieseler, Kirchengesch. §. 52. Note g. Baur, über den Ursprung des Episcopates in der christl. Kirche, Tübingen 1838. 8. S. 76 flg. Anm. *).

ders auf das platte Land möglich war. Die von der Stadt aus gegründeten Gemeinden traten dadurch als Filialen in ein gewisses Abhängigkeitsverhältniß zur Muttergemeinde und bildeten so mit dieser einen besonderen Sprengel, an dessen Spitze das Haupt des städtischen Presbyterium, der ἐπίσκοπος, trat. Während im Orient dieser bischöfliche Kreis den Namen παροικία beibehielt[2]), wurde im Occident derselbe beschränkt von der einzelnen Kirche gebraucht[3]) und der bischöfliche Sprengel dioecesis genannt, ein Ausdruck, der im Orient den aus mehreren Metropolitangebieten (ἐπαρχία, im Occident provincia) gebildeten Kreis des Patriarchen bezeichnet[4]).

Sehr frühzeitig wurde darüber gewacht, daß die Einheit der Kirche in jeder Diöcese durch einen Bischof bestünde[5]), daß jeder Bischof auch nur in seiner Diöcese fungire und nicht willkürlich die ihm einmal anvertraute Heerde verlasse[6]). Nur ausnahmsweise finden sich Bischöfe ohne einen festen Sitz[7]), sowie Sprengel ohne Bischöfe. Das Letztere war öfter der Fall, wo die Sprengel noch zu klein waren[8]), und dem ward abgeholfen, sobald die Gemeinde sich vergrößerte. Darüber bestimmte die zweite karthagische Synode vom Jahre 390 im can. 5[9]):

---

2) S. c. 14. 15. Apostolorum vgl. c. 9. Conc. Antioch. a. 330. (in c. 2. C. IX. qu. III.)

3) Ausnahmsweise bezeichnete früher aber parochia auch im Occident öfter den bischöflichen Sprengel. S. Gesta Trevirorum ed. Wyttenbach et Müller (August. Trevir. 1836. 4.) T. I. c. 44. und die daselbst Anm. 21 cit. Stellen. Der Grund davon liegt häufig nur in dem geringen Umfange, den anfangs eine Diöcese hatte. So wird z. B. die hamburger Diöcese bei ihrer ersten Einrichtung blos parochia genannt. Siehe Asmussen, kritische Untersuchung über den Umfang der hamburger Diöcese u. s. w. in: Michelsen und Asmussen Archiv für Staats- und Kirchengeschichte, Bd. I. H. 1. Note 3. Kiel 1833. 8.

4) Ἐπαρχία, als der Metropolitansprengel, in c. 9. Conc. Antioch. c. 9. 17. Conc. Chalced., gleichbedeutend provincia, bei Cyprian epist. 45. 68. u. v. a. Ueber die angeführte Bedeutung von διοίκησις s. m. Balsamon ad c. 9. Conc. Chalced. (Beveregius I. p. 122.) s. noch Gothofred ad L. 11. Cod. Theod. de legatis (12. 12.) (ed. Ritteri T. IV. p. 629.) und Zonaras ad c. 6. Conc. Constantinop. (Beveregius T. I. p. 95.) Daher ist die Gleichstellung von διοίκησις und provincia bei Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I. S. 31 nicht richtig. Der Grund der umfassenderen Bedeutung von διοίκησις im Orient liegt in der Uebertragung der politischen Begrenzung auf die kirchliche.

5) S. darüber bes. Gonzalez Tellez ad c. 14. X. de officio iud. ord. (1. 31.) T. I. p. 788—791.

6) C. 34. Apostol. c. 13. 22. Conc. Antioch. a. 332. (c. 6. 7. C. IX. qu. II.) c. 21. eod. (c. 25. C. VII. qu. I.) c. 20. Conc. Carth. III. a. 397. (c. 27. C. VII. qu. I.) u. v. a.

7) S. Thomassin vetus ac nova eccl. discipl. P. I. lib. I. c. 45. §. 7. Das daselbst §. 8 über den Erzbischof von Riga Erzählte bedarf der Berichtigung. S. meine Abhandlung in Illgen's Zeitschr. für die histor. Theologie, Bd. VI. St. 2. Nr. 3. und meine diss. de fontibus iuris eccl. Boruss. cap. II. not. 72a. p. 52.

8) C. 6. Conc. Sardic. a. 347, wiederholt in Conc. Aquisgran. a. 789. c. 19. (Baluzius Capitularia T. I. p. 220.

9) C. 50. C. XVI. qu. 1. Corr. Rom. ad. h. l.

Si accedente tempore, crescente fide Dei, populus multiplicatus desideraverit proprium habere rectorem, eius videlicet voluntati, in cuius potestate est dioecesis constituta, habeat episcopum, was die dritte karth. Synode vom Jahre 397 in c. 20 wiederholte[10]). Später wurde diese Angelegenheit aber der Provinzialsynode überwiesen, welche mit dem Consense des Bischofs, dem bisher die Kirche unterworfen war, darüber entscheiden sollte[11]). Verhältnisse der Art regelte der Bischof von Rom zuerst in den ihm subjicirten suburbicarischen Provinzen[12]), dann in solchen Fällen, wo sein Beirath begehrt ward oder er bei einer Mission mitwirkte. Dieß geschah denn insbesondere bei der Bekehrung Teutschlands, bei welcher die Einrichtung der Bisthümer unter Roms Einflusse mit Rücksicht auf die Wünsche der Landesgebürtigen erfolgte[13]). Seit dem 11. Jahrhunderte war dies ein Reservatrecht des Pabstes geworden[14]). Da es aber im Interesse der Fürsten lag, die Grenzen der Diöcesen und des Landes stets möglichst auszugleichen, so war bei neuen Anordnungen deren Mitwirkung erforderlich. Der Reichsdeputationsreceß vom 25. Februar 1803, §. 62, bestimmte darüber: Die erz- und bischöflichen Diöcesen verbleiben in ihrem bisherigen Zustande, bis eine andere Diöcesaneinrichtung auf reichsgesetzliche Art getroffen sein wird. Seit der Auflösung des teutschen Reiches ist daher jedem Staate das Entscheidungsrecht hierüber zugefallen, und es sind demgemäß die Circumscriptionen in den neuen Vereinbarungen mit dem päbstlichen Stuhle erfolgt[15]).

In der evangelischen Kirche gebührt die Anordnung der hier vorkommenden Verhältnisse dem Inhaber der Kirchengewalt. Ist dieser nicht der Landesherr selbst, welcher durch das geistliche Ministerium meistens die Einrichtungen der Art treffen läßt, so gebührt dem Staate dabei, vermöge seines Oberaufsichtsrechtes, die Mitwirkung[16]).

Der Bischof übt seine Gerechtsame in der ganzen Diöcese[17]) vollständig, jedoch nur über seine Glaubensgenossen. Dagegen kann er gewisse Rechte, soweit der Glaube nicht in Betracht kommt, auch über

---

10) C. 51. C. XVI. qu. I.

11) Statuta Conc. Afric. c. 65.

12) C. 48. 49. C. XVI. qu. I. (Gregor I. a. 592.) c. 44. C. VII. qu. I. (idem eod. a.)

13) M. s. z. B. Gregorii II. Capitulare datum Martiniano etc. in Bavariam ante a. 731. c. 3. (Hardouin. Coll. Conc. T. III. p. 1861. Hartzheim Coll. Conc. T. I. p. 36.) Gregorius III. ad Bonifacium c. a. 738. in c. 53. C. XVI. qu. I. Desgl. c. a. 740. bei Hartzheim l. c. I. p. 41. u. a.

14) S. Thomassin vet. ac nova eccl. discipl. P. I. lib. I. c. 55.

15) Uebersichtlich werden sämmtliche Diöcesen Teutschlands und der ganzen katholischen Kirche nachgewiesen bei Binterim, Denkwürdigkeiten Bd. I. Th. II. S. 485 flg. S. 656 flg. bei v. Droste-Hülshoff, Kirchenrecht Bd. II. Abth. I. S. 327 flg. u. a.

16) Das preuß. Recht fordert dies schon bei der Einrichtung oder Veränderung von Parochien. S. allg. Landr. Th. II. Tit. XI. §. 238 flg. §. 306. Cabinetsordre v. 13. Mai 1833. (Gesetzsammlung dieses Jahres S. 51.)

17) C. 16. 18. X. de off. iud. ord. (1. 31.) c. 7. eod. in VI. (1. 116.)

Bekenner einer anderen Confession besitzen[18]). Der Bischof ist daher dioecesanus. Er kann aber auch nur innerhalb seines Sprengels Acte giltig vollziehen, wenn nicht Nothfälle eine Ausnahme rechtfertigen[19]).

Umgekehrt kann dagegen die Wirksamkeit des Bischofs beschränkt sein, insofern Exemtionen[20]) von seiner Gewalt bestehen. Eine solche erlangten zuerst die Klöster.

Das Concil von Chalcedon von 451 hatte die Unterwerfung der Klöster unter die bischöfliche Autorität ausdrücklich bestimmt[21]). Da aber die Bischöfe sich öfter Bedrückungen erlaubten, entzogen sich einzelne Klöster ihren unmittelbaren Vorgesetzten und unterwarfen sich anderen, namentlich in Afrika[22]), oder erlangten sonst Schutz von Seiten der Synoden[23]), der Päbste[24]) und der Könige[25]). Die Ertheilung solcher Exemtionen, die anfangs nur theilweise, später aber vollständig die bischöfliche Gewalt beschränkten, erfolgte so häufig[26]), daß darüber von den Bischöfen geklagt ward[27]). Vorgeblich ward auf dem Concil von Costnitz gründliche Abhilfe erstrebt[28]) und erst das tridentinische Concil half mit mehr Entschiedenheit dem Uebel ab[29]), ohne jedoch alle Inconvenienzen zu beseitigen, so daß die weltliche Gesetzgebung noch nachhelfen mußte.

Vorher war die Exemtion so umfassend gewesen, daß sich folgende Verhältnisse gebildet hatten, die später nur theilweise anerkannt blieben.

Es gab nämlich eximirte Prälaten und Aebte, welche vollständig die bischöfliche Jurisdiction ausübten, oder wenigstens ein dem Bischofe

---

18) S. J. P. O. art. V. §. 48. J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. I. tit. XXXI. §. 74. 75.

19) S. Clem. un. de foro compet. (2. 2.) (Conc. Vienn. a. 1311.)

20) S. Thomassin vet. ac nova eccl. disc. P. I. lib. III. c. 26—41.

21) C. 4. (in c. 12. C. XVI. qu. I.) c. 10. C. XVIII. qu. II.

22) S. Conc. Carth. a. 525. 534. (Thomassin cit. c. 31.)

23) S. Conc. Arelat. III. a. 456. (Mansi Coll. Conc. T. VII. p. 907.) c. 34. C. XVI. q. I. (Conc. Ilerdense a. 524. c. 3.)

24) S. z. B. Gregorii M. epist. lib. VIII. ep. 15. (c. 5. C. XVIII. q. II. a. 601.) 34. Mabillon de re diplom. lib. I. c. 3. n. 8 sq. lib. II. c. 8. Neues Lehrgebäude der Diplomatik (aus dem Franz. von Adelung) Th. VII. S. 229 flg.

26) Monasteria regalia. Siehe Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. I. §. 189. Bd. II. §. 331.

26) Beispiele in den Note 24 cit. Schriften. S. auch Tit. de privilegiis et excessibus privilegiatorum. X. V. 33. lib. VI. V. 7. Clem. V. 7. Tit. de regularibus. X. III. 31. lib. VI. III. 14. Clem. III. 9. u. a. — Die eximirten Klöster erlangten die libertas romana. S. Wilda de libertate romana, qua urbes Germaniae ab imperatoribus sunt exemtae. Hal. 1831. 8. p. 22.

27) Siehe z. B. c. 12. X. de excessibus praelat. (5. 31.) c. 3. X. de privileg. (5. 33.) u. a.

28) Siehe Gieseler, Kirchengesch. Bd. II. Abth. 3. §. 107.

29) S. Thomassin l. c. cap. 40. — Van Espen ius eccl. univ. P. III. tit. XII.

ähnliches Recht in einem bestimmten Kreise der Diöcese besaßen (cum iurisdictione quasi episcopali, cum iure episcopali vel quasi) [30]). Sodann gab es solche, welche, ohne einer Diöcese anzugehören (praelati nullius dioeceseos), selbst einen Sprengel gleichsam wie eine Diöcese besaßen (dioecesis vel quasi) [31]). Ebenso gab es besondere Capitel, Kirchen und verschiedene einzelne Personen, welche exemt waren.

Erworben wurde die Exemtion durch ein päbstliches Privilegium [32]), oder durch Verjährung, welche unter Voraussetzung eines Titels 40 Jahre betrug, sonst unvordenklich sein mußte [33]).

Das tridentinische Concil schränkte nun überhaupt alle Exemtionen ein [34]) und bestimmte, daß die Eximirten dem Bischofe Gehorsam schuldig sein, insbesondere seinen Anordnungen wegen der Censuren und Feste sich fügen [35]), seiner Aufforderung zu Prozessionen folgen [36]) sollten. Rücksichtlich der Befugniß zum Hören der Beichte wurde die bischöfliche Approbation für nothwendig erklärt [37]) und jedem verboten, gegen seinen Willen zu predigen [38]). Außerdem sollte in vielen Fällen der Bischof, wenigstens in der Qualität als Delegat des Pabstes, Diöcesanrechte über Exemte üben. So überhaupt in dem Falle, wenn der Obere des Exemten sich selbst eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt [39]). Dann in Civilsachen und bei Delicten der Weltgeistlichen und der außerhalb des Klosters lebenden Regularen [40]), desgleichen

---

30) S. c. 4. X. de confirm. utili. (2. 30.) (Innoc. III. a. 1209.) c. 18. X. de praescript. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1212.) u. a. vergl. Conc. Trid. sess. XXV. c. 11. de regularibus. (. . Monasteria . . in quibus . . superiores iurisdictionem episcopalem in parochos et parochianos exercent.)

31) Vgl. Conc. Trid. sess. V. c. 2. de ref. (Si quae parochiales ecclesiae reperiantur subjectae monasteriis in nulla dioecesi existentibus etc.) sess. XXIII. c. 10. de reform.

32) Siehe oben. Dazu reichte aber nicht die bloße Ordination durch den Pabst hin. (c. 7. X. de maior. et obed. (1. 33.))

33) C. 7. de privilegiis in VI. (5. 7.) (Bonif. VIII. a. 1298.) Die Verjährung wird aber durch Vacanz des Bisthums unterbrochen. c. 3. X. de in integr. restit. (1. 41.) (Innoc. III. a. 1208.) c. 15. X. de praescr. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1210.) vgl. c. 18. eod. cit.

34) S. die folgenden Stellen. Vgl. auch sess. XXIV. c. 11. de ref.

35) Sess. XXV. c. 12. de regular.

36) Sess. XXV. c. 13. de regul.

37) Sess. XXIII. c. 15. de reform.

38) Sess. XXIV. c. 4. de reform.

39) Sess. V. c. 1. §. in monasteriis. c. 2. de ref. Ueber diesen Fall hatte schon das ältere Recht entschieden. S. c. 13. pr. X. de off. iud. ord. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1215.)

40) Sess. VI. c. 3. de ref. sess. VII. c. 14. de ref. vgl. sess. XXV. c. 4. 14. de regularib. Schon das c. 1. de privileg. in VI. (5. 7.) (Innoc. IV. a. 1245.) hatte bestimmt, daß, wenn ein Delict an einem nicht exemten Orte begangen war, der Bischof sein Recht geltend machen konnte.

in Beziehung auf das Visitationsrecht[41]), rücksichtlich der Verwaltung der heiligen Messe[42]) u. s. w.

Insoweit nicht die seitdem übrig gebliebenen exemten Institute schlechthin aufgehoben wurden, kam es aber von Seiten der weltlichen Macht noch zu anderweitigen Beschränkungen. In Preußen war Friedrich der Große dafür bereits thätig und es bestimmte dann das Landrecht[43]), daß ohne ausdrückliche Genehmigung des Staates keine Kirchengesellschaft von der Unterordnung gegen den Bischof der Diöcese ausgenommen werden könne. In Oesterreich wurden, gemäß einer Vereinbarung mit Pius VI., durch Hofdecret vom 30. Mai 1782 alle Exemtionen der Stifter und Klöster von der Macht der Ordinarien als Mißbräuche und Kränkungen der bischöflichen Rechte abgeschafft, zugleich aber auch Vorkehrungen gegen etwaige Bedrückungen durch die Bischöfe getroffen[44]). Eine Ausnahme besteht nur für das Militär in Oesterreich, welches vermöge Bewilligung Pabst Clemens XI. von 1720 der Cognition der Ordinarien entzogen und einem eigenen apostolischen Feldvicarius im Gebiete der ganzen Monarchie unterworfen wurde[45]).

Auch in den übrigen Ländern Teutschlands ist die Mitwirkung des Staates bei Ertheilung von Exemtionen gesichert[46]).

H. F. Jacobson.

Blutschande, crimen incestus oder incesti, ist im weiteren Sinne der entweder eheliche oder außereheliche Beischlaf zwischen Personen, welche sich wegen der ihnen bekannten Gradesnähe der Blutsverwandschaft oder Schwägerschaft, in welcher sie zu einander stehen, nicht heurathen dürfen[1]). Inwieweit aber dieser weitere Begriff nach heutigem gemeinen Rechte das eigentliche von anderen Unzuchtvergehen zu unterscheidende Criminalverbrechen der Blutschande bilde, ist bestritten und bei dem eigenthümlichen Verhältnisse der verschiedenen Rechtsquellen zu einander wirklich zweifelhaft. Nach römischem Rechte sind nämlich die Ehehindernisse wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft weit mehr beschränkt, als es nach canonischem Rechte der Fall ist, und deßwegen hat auch der Incest in jenem einen weit größeren Umfang, als in diesem. Nach römischem Rechte erstrecken sich die Ehehindernisse wegen Verwandtschaft in der geraden Linie zwar unbedingt auf alle

---

41) Sess. VI. c. 4. de ref. sess. VII. c. 8. de ref. sess. XXI. c. 8. de ref. sess. XXII. c. 8. de ref. sess. XXIV. c. 9. de ref. Ueber das Verfahren dabei sess. XXV. c. 6. de ref.

42) Sess. XXII. decretum de observandis in celebrat. missae in fin.

43) Th. II. Tit. XI. §. 116.

44) Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe, Bd. I. S. 145—148.

45) Dolliner, von Errichtung der Benefizien §. 29, 30.

46) Badisches Organ Edict IV. §. 13. N. 5. Bayer'sche Verf.-Urk. Abschn. III. §. 60 u. a.

1) L. 39. §. 1. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 5. D. de quaestionibus. (48. 18.) Vgl. überhaupt Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bd. 1. S. 167 flg. u. 181 flg.

Grade[2]), in der Seitenlinie aber beschränken sie sich auf den zweiten Grad (Geschwister) und auf die Fälle, in welchen ein respectus parentelae stattfindet, indem die eine Person unmittelbar, die andere mittelbar von einem gemeinschaftlichen Stammvater herstammt (Oheim und Nichte, Tante und Neffe, Großoheim[3]) u. s. w.). Wegen Schwägerschaft war die Ehe zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern[4]), mit der Frau des Bruders und mit der Schwester der Frau verboten[5]). Daß der Beischlaf zwischen Personen, die in den angegebenen Graden verwandt oder verschwägert waren, zu dem Inceste gerechnet wurde, ist unbestritten. Daß dagegen die durch das Adoptivverhältniß begründete blos fingirte Verwandtschaft die Wirkung gehabt habe, den zwischen nur in dieser Weise verwandten Personen gepflogenen Beischlaf als Incest erscheinen zu lassen, ist nicht außer Zweifel und von den verschiedenen Rechtslehrern bald behauptet, bald in Abrede gestellt worden. Das Richtigste dürfte wohl sein, anzunehmen, daß der Beischlaf zwischen Adoptivvater und Adoptivtochter oder Adoptivenkelin für Incest angesehen wurde, da die zwischen diesen Personen eingegangene Ehe entschieden für eine incestuose erklärt wird, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß auch nach aufgelöstem Adoptivverhältnisse eine solche Ehe nicht eingegangen werden könne. Zwischen den übrigen Personen der Familie aber und dem Adoptivkinde, welches in dieselbe gebracht wurde, war zwar die Ehe unerlaubt, so lange sie zu einer Familie gehörten, oder so lange das Adoptivverhältniß bestand; allein die Ehe wird in einem solchem Falle ebenso wenig eine incestuose genannt, als sie verboten war, nachdem das Adoptivverhältniß nicht mehr bestand[6]). Daher ist auch kein hinlänglicher Grund zu der Annahme vorhanden, daß der Beischlaf zwischen dem Adoptivkinde und den zu der Familie des Adoptivvaters gehörigen Personen als Incest angesehen worden sei. Im Uebrigen ist im römischen Rechte die Unterscheidung zwischen incestus iuris gentium und incestus iuris civilis von Bedeutung, indem bei dem letzteren Frauenspersonen, welche im Rechtsirrthume handelten, mit Strafe verschont blieben, insofern nicht etwa ihre Handlung noch als Stuprum oder Adulterium strafbar blieb[7]). Dem Manne kam zwar der Regel nach auch bei dem incestus iuris civilis der Rechtsirrthum nicht zu statten; indessen konnte Strafmilderung eintreten, wenn er aus Rechtsirrthum den Incest in Form einer Ehe begangen hatte. Auch Minderjährigkeit wurde in diesem Falle als ein Milderungsgrund betrachtet[8]). Bei dem incestus iuris gentium dagegen kam auch der Frau der Rechtsirrthum nicht zu Gute, weil sie

---

2) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.)
3) §. 2. 3. 4. 5. eod.
4) §. 6 u. 7. eod.
5) L. 5. C. de incestis nuptiis. (5. 5.)
6) §. 1. J. de nuptiis. (1. 10.) L. 55. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
7) L. 38. §. 1 u. 2. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) Nov. 12. c. 1.
8) L. 38. §. 3. 4 u. 7. eod.

sich hier schon durch ihr natürliches Gefühl von der fleischlichen Vermischung hätte abhalten lassen sollen. Welche Bedeutung aber der Unterscheidung zwischen incestus iuris gentium und iuris civilis zu Grunde liege und welche Fälle zu dem einen und zu dem anderen gerechnet worden seien, wird von den Rechtslehrern verschieden angegeben. Nach der Ansicht mehrerer älteren gehört der Beischlaf zwischen Personen, die in gerader Linie oder im ersten Grade der Seitenlinie nach canonischer Computation unter einander verwandt oder verschwägert sind, zum incestus iuris gentium, der Beischlaf zwischen Entfernteren aber zum incestus iuris civilis[9]). Andere beziehen die Eintheilung auf die Unterscheidung zwischen natürlicher und fingirter Verwandtschaft und Schwägerschaft und rechnen zum inc. iur. gent. den Beischlaf zwischen Personen, welche durch jene, zum inc. iur. civ. den Beischlaf unter Personen, die durch diese unter einander verbunden waren[10]). Die meisten Neueren nehmen an, daß zu dem incestus iuris gentium der Beischlaf zwischen Ascendenten und Descendenten gerechnet worden sei und daß der Beischlaf unter Seitenverwandten und Verschwägerten den incestus iuris civilis ausgemacht habe[11]). Nur in Hinsicht der Frage, ob der Beischlaf zwischen den in gerader Linie Verschwägerten zum incestus iuris gentium gerechnet worden sei oder nicht, findet einige Meinungsverschiedenheit statt, welche indessen auch schon unter den römischen Juristen obgewaltet zu haben scheint[12]).

Einen weit größeren Umfang mußte dagegen der Incest nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes erhalten, welches die Eheverbote wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft in der Seitenlinie in den früheren Zeiten bis zum siebenten Grade der canonischen, also bis zum vierzehnten der römischen Computation[13]), und seit Innocenz III. immer noch bis zum achten Grade der römischen Berechnung ausdehnte und mithin auch bis zu diesem Grade den Incest sich erstrecken ließ[14]). Die Ansicht von der Sündhaftigkeit der Ehe zwischen Personen, die nur in entfernteren Graden der Seitenlinie verwandt oder verschwägert waren, war indessen nicht so stark, als daß nicht gegen Erlegung der Taxe Dispensation zu erhalten gewesen wäre[15]). Des-

---

9) Z. B. Matthaeus, de criminibus, ad lib. 48. D. tit. 3. cap. 6. Nr. 3. Boehmer, med. in C.C.C. ad art. 117. §. 4.

10) Z. B. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. R. §. 463. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 393.

11) Diese Ansicht hat auch das Meiste für sich, da sie in L. 68. D. de ritu nupt. (23. 2.) bestimmte Bestätigung findet.

12) Paulus in L. 68. D. cit. rechnet ohne Ausnahme die zwischen Verschwägerten eingegangenen Ehen nicht zu dem incest. iuris gentium. Dagegen zählt Papinian in L. 5. §. 1. D. de condict. sine causa. (12. 7.) die Ehe zwischen Stiefmutter und Stiefsohn, und zwischen Schwiegervater und Schwiegertochter zu dem incest iuris gentium. — Vgl. Wächter a. a. O. S. 168. Note 13.

13) C. 2. C. XXXV. qu. 5.

14) C. 8. X. de consang. (4. 14.) c. 2. C. XXXVI. qu. 1.

15) Wiese, Handbuch des Kirchenrechtes, Bd. 2. §. 283.

wegen mußte es unnatürlich erscheinen, den Begriff und die schweren Strafen des Incestes noch auf solche Verbindungen zu erstrecken, welche gegen Erlegung einer Summe Geldes für erlaubte zu erklären die Päbste kein Bedenken fanden. Auf dieser Ansicht scheint die Bestimmung unserer einheimischen Strafgesetzbücher zu beruhen, in welchen die Unkeuschheit, welche mit der Stieftochter, mit seines Sohnes Eheweib, mit der Stiefmutter und überhaupt in solchen und noch näheren Sippschaften getrieben wird, als ein eigenes, von anderen Unzuchtsvergehen unterschiedenes Verbrechen hervorgehoben ist [16]). Da die peinliche Gerichtsordnung ihrem Wortinhalte nach nur den Beischlaf zwischen den in gerader Linie Verwandten oder Verschwägerten als ein eigenes Verbrechen hervorzuheben scheint, und es doch nicht wahrscheinlich ist, daß sie die übrigen im römischen Rechte angenommenen Fälle des Incestes, wenn nicht etwa Ehebruch damit concurrirte, als einfaches Stuprum angesehen wissen wollte, so entfernte man sich allgemein in Theorie und Praxis ziemlich willkürlich von der Bestimmung des Gesetzes und nahm an, daß auch nach der Carolina jeder Beischlaf für Blutschande anzusehen sei, die von Personen begangen wurde, zwischen welchen die Ehe entweder nach den gemeinrechtlichen oder in einzelnen Staaten nach particularrechtlichen Vorschriften wegen Blutverwandtschaft oder Schwägerschaft verboten war. Nur in Hinsicht der Verwandtschaft durch Adoption oder cognatio spiritualis pflegte man eine Ausnahme zu machen, indem man hier keinen Incest annahm [17]). In der That ist auch nicht wohl anzunehmen, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, den Begriff des Incestes auf die Fälle des incestus iuris gentium des römischen Rechtes zu beschränken. Allein wie weit die Absicht des Gesetzgebers gegangen, und ob er den Begriff des Incestes blos auf die mosaischen Eheverbote (s. g. incestus iuris divini), oder auf die des römischen Rechtes, oder endlich auf die des canonischen Rechtes habe erstrecken wollen, ist zweifelhaft und aus dem Ausdrucke: noch nähere Sippschaften, nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Bei dieser Lage der Dinge scheint die von Martin [18]) aufgestellte Ansicht das Meiste für sich zu haben. Nach dieser ist, was die Schwägerschaft betrifft, der Begriff der Blutschande auf den Beischlaf unter die in gerader Linie Verschwägerten beschränkt; in Ansehung der Blutsverwandten aber erstreckt sich derselbe ebenfalls auf die gerade Linie und in der Seitenlinie auf die leiblichen Geschwister, ohne Rücksicht auf Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit. Martin beruft sich dabei auf die Eheverbote des mosaischen Rechtes [19]), auf wel-

---

16) P. G. O. Art. 117. Der Ausdruck Blutschande, der eine Uebersetzung von sanguinis contumelia in L. 38. §. 1. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) zu sein scheint, findet sich in der Carolina nicht und paßt eigentlich nicht für alle Fälle des Incestes.

17) Vgl. Wächter, Lehrbuch des St.-R. §. 237. Note 77.

18) Lehrbuch des C.-R. §. 279.

19) z. B. Moses 18. Cap. 9. u. 11. V. 20. Cap. 17. V. 5. B. 27. Cap. 22. V.

ches man zur Zeit der Abfassung der Carolina häufiger Gewicht gelegt habe. Allein wenn dieses richtig ist und wenn man sich auch in Ansehung der Fälle, in welchen Dispensation ertheilt wurde, nach den Eheverboten des mosaischen Rechtes richtete, so ist es doch wohl consequent, den Begriff des Incestes auch auf die Fälle des respectus parentelae auszudehnen, da sich die mosaischen Eheverbote ebenfalls auf diese erstreckten[20]) und in denselben der Regel nach keine Dispensation ertheilt wurde[21]). Andere als natürliche Verwandtschaft oder Schwägerschaft wird aber jeden Falles von dem Begriffe des Incestes auszuschließen sein, da sich auf diese der Ausdruck Sippschaft auf keinen Fall beziehen läßt. Als Resultat der bisherigen Erörterung wird sich daher der Begriff des Incestes nach heutigem gemeinen Rechte dahin aufstellen lassen, daß derselbe in der ehelichen oder außerehelichen und naturgemäßen[22]) Befriedigung des Geschlechtstriebes bestehe, deren sich entweder Ascendenten oder Descendenten, oder in gerader Linie Verschwägerte, oder leibliche Geschwister, oder im respectus parentelae zu einander stehende Personen mit einander schuldig machen, während ihnen ihr verwandtschaftliches Verhältniß bekannt war. Denn wie zu allen Fleischesverbrechen, so fordert auch zum Dasein des Incestes das römische Recht den dolus, der aber hier der Regel nach nicht durch Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze, sondern nur durch den factischen Irrthum, daß dem einen Concumbenten sein verwandtschaftliches Verhältniß mit dem anderen unbekannt war, ausgeschlossen wird[23]). Ueber Vollendung und Versuch entscheiden die allgemeinen über Fleischesvergehen geltenden Grundsätze[24])

Was nun die Strafe des Incestes betrifft, so schreibt die bambergische Halsgerichtsordnung für denselben unter den in gerader Linie Verschwägerten die Strafe des Ehebruches, für den Incest unter näheren Verwandten aber noch härtere Strafe vor, die nach richterlichem Ermessen bestimmt werden solle[25]). Die Carolina hat aber diese Bestimmungen nicht aufgenommen, sondern verweist im Allgemeinen auf das römische Recht, welches in der Novell. 12 die neuesten Bestimmungen darüber enthält. In diesem Gesetze ist demjenigen, der eine incestuose Ehe eingeht, außer dem Verluste seiner Würden und

---

20) Z. B. Moses 18. Cap. 12. u. 13.

21) Wiese a. a. O. S. 656.

22) Denn das dem Art. 117 unmittelbar vorhergehende Strafgesetz gegen unnatürliche Unzucht bezieht sich auch auf diejenige, deren sich Verwandte miteinander schuldig machen. Vgl. auch Martin a. a. O. §. 279. Note 1.

23) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) Irriger Weise nehmen Einige auch einen culposen Incest an, den sie auch quasi-incestus nennen. Allein bei Unbekanntschaft mit den verwandtschaftlichen Verhältnissen fällt das Verbrechen ganz weg, und bei Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze ist nach den allgemeinen Grundsätze über error iuris immer ein doloses Verbrechen vorhanden. Vgl. Wächter, Abhandl. S. 167. Note 12.

24) Vgl. meine Abhandlungen aus dem gem. t. St.-R. Bd. 1. S. 251 und S. 507.

25) Art. 142.

seines Vermögens die Strafe der Verweisung (ἐξορία) und überdieß, wenn es eine vilis persona war, körperliche Züchtigung angedroht. Die Mitschuldige soll, wenn ihr nicht Rechtsunwissenheit zu statten kommt, denselben Strafen unterworfen werden. Allein dieß Gesetz läßt Mehreres zweifelhaft. Namentlich bleibt es ungewiß, ob unter ἐξορία Deportation oder nur Relegation gemeint und ferner, ob sich das ganze Gesetz nur auf den incestus iuris civilis, wofür die Schlußworte zu sprechen scheinen, oder auch auf den incestus iuris gentium beziehe. Für das incestuose Stuprum und Adulterium enthält die angeführte Novelle gar keine Bestimmungen und deßwegen muß für diese Fälle des Incestes dasjenige entscheiden, was in die Pandecten aufgenommen worden ist. Demnach ist aber die regelmäßige Strafe für diese Fälle die Deportation und zwar ohne Unterschied, ob der Incest iuris gentium oder iuris civilis gewesen war[26]). In Ansehung der Verjährung der Strafen des Incestes ist die Frage von Wichtigkeit, ob die lex Iulia de adulteriis von diesem Verbrechen gehandelt habe oder nicht. Im ersteren Falle würde die Verjährung eintreten mit dem Ablaufe von 5 Jahren[27]) und nur bei Concurrenz mit Ehebruch würde die Verjährungsfrist die zwanzigjährige sein[28]); im zweiten Falle würde dagegen die gewöhnliche Frist der Criminalverjährung auch auf dieses Verbrechen Anwendung finden. Die Praxis und auch die Mehrzahl der Rechtslehrer hat sich bei dieser Frage, welche immer zweifelhaft bleiben wird, für die fünfjährige Verjährungsfrist entschieden. Dieser Ansicht wird man auch, wo ihr nicht ein entschiedener Gerichtsgebrauch entgegen steht, schon weil sie die gelindere ist, den Vorzug geben müssen.

Daß die Strafen des römischen Rechtes heutigen Tages keine Anwendung mehr erleiden können, ist allgemein anerkannt. Auch hat sich die Praxis von jeher nicht an dasselbe gebunden und zum Theil strengere Grundsätze angenommen, indem sie wenigstens den Incest in gerader Linie mit Todesstrafe belegte. Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts entfernte man sich aber mehr und mehr von der vorzüglich auf Carpzov's[29]) Auctorität beruhenden Todesstrafe auch für die schwersten Fälle des Incestes und erkannte auf Freiheitsstrafe, deren Art und Dauer man vorzüglich nach der Nähe des Grades der Verwandtschaft bestimmte. Auch muß bei Bestimmung der Strafe immer Rücksicht darauf genommen werden, ob der Incest in Form einer Ehe, oder durch eine schon an und für sich strafbare Handlung begangen wurde. Darauf gründet sich die von Einigen gemachte Eintheilung in incestus simplex und qualificatus sive coniunctus, unter welchen die Fälle gehören, wenn mit dem Inceste Ehebruch, Bigamie, Concubinat, Schwächung oder Hurerei concurriren. Es kann aber kaum

---

26) L. 11. §. 1. L. 38. §. 1 u. 2. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.) L. 5. D. de quaest. (48. 18.)

27) L. 29. §. 6. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

28) L. 39. §. 5. eod.

29) Pract. rer. crim. qu. 72.

anders sein, als daß bei Bestimmung der Strafgrößen ziemliche Unsicherheit stattfindet. Nach der gelindesten Ansicht (von Tittmann) soll für den Incest in der geraden Linie fünfjährige Zuchthausstrafe das Maximum sein, während Andere (Quistorp und Grolman) von acht- oder zehnjähriger bis zu lebenswieriger Zuchthausstrafe, die letztere wenigstens für den Vater, der mit der Tochter concumbirt, steigen wollen. Für die übrigen Fälle, in welchen keine Dispensation nach den angenommenen Principien zu erhalten gewesen wäre, stimmen die Rechtslehrer überein, daß Zuchtshausstrafe erfolgen müsse, deren Dauer Einige bei den schwersten Fällen auf vier Jahre steigern wollen. Für die anderen nimmt man Gefängnißstrafe auf einige Wochen oder Monate, oder auch eine entsprechende Geldbuße an. Neuere Gesetzgebungen haben zum Theil noch gelindere Grundsätze angenommen und legen mit Recht besondere Rücksicht darauf, wer der verführende und wer der verführte Theil ist.

Luden.

Bodmerei (contract à la grosse, bottomry, cambio marittimo[1]) ist ein Contract, bei welchem der Gläubiger gegen Verpfändung eines Schiffes oder der Ladung desselben,

---

1) Quellen: Iugemens d'Oleron I. 22. Consolato del mare, art. 104—106. Guidon de la mer. chap. 18. Wisby'sches Seerecht Art. 13, 35, 40, 41. Hansische Schiffsordnung von 1591. Art. 55, 56, 58. Revidirtes hanseatisches Seerecht von 1614. Tit. 6. Hamburger Statuten von 1603. Bd. II. Tit. 18. Lübeck'sche Statuten von 1586. Bd. VI. Tit. 3. Rostocker Stadtrecht von 1757. Th. V. Tit. 6. Aelteres preuß. Seerecht von 1721. Cap. 7. Preuß. Landrecht II. 8. §. 2359—2451. Christian v. danske ok norske Liv. B. IV. C. 5. Sweriges Rikes Sive lag. v. 1667. Bodmeri balk. (Flintberg, schwedisches Seerecht herausgeg. von Hagemeister, Greifswalde 1796.) Russische Schifffahrtsordnung, Hauptst. II. Art. 46. Ordonantie-van Kurel v. van der Seevarte 19. Jul. 1551. De nader ordonantie-van K. Filips van Spanie-van der Seevart 31. Oct. 1563. Tit. art. 19. Ordon.-van Assurantie ende van Avarie der Stadt Rotterdam (v. 1721.) art. 134. 249—251. Ordon. van Assurantie-der Stadt Amsterdam a. 1744. art. 20 sq. Wetbook van Koophandel v. 23. März 1826. (Handelsgesetzb. für das Königr. der Niederlanden übers. von Schumacher, Altona 1827.) Buch 2. Tit. 8. bis auf einige Abweichungen mit dem französ. Gesetzb. übereinstimmend. Es ist dieses Rechtsbuch aber in Holland 1835 durch ein neues Handelsgesetz ersetzt worden. Ordonnance de la marine v. 1681. lib. III. tit. 5. (contrat à la grosse.) Code de Commerce art. 311—331. (Das Handelsgesetzb. der königlich preuß. Rheinprovinzen übers. und erläutert von C. A. Broicher und F. F. Grimm, Cöln 1835.) Ordenanzas de Bilbao a 1737. (seit 1827 allgem. Handelsgesetzb. für Spanien) c. 23. Codigo de commercio (30. Mai 1829) lib. III. tit. 3. sect. 2. art. 812—839. Codigo comercial portugez (18. Sept. 1833) art. 1621 sq. Regolamento provis. di comercio Roma. 1821. art. 305—325. Das neapolitanische Handelsgesetzb. v. 1819 ist fast nur Uebertragung des französischen. Das englische und nordamerikanische Recht muß aus den in der Literatur anzuführenden Schriften entnommen werden. — Literatur: Martens Handelsrecht §. 196—202. Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 116. Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 310—313. (5. Aufl.) H. Cocceji de bodmeria. Heidelb. 1683. in exercit. II. n. 76. Lynker de bodmeria Jen. 1679.

oder beider zusammen die Seegefahr übernimmt. Diese Definition des preußischen Landrechtes bezeichnet in der Kürze das Wesen des Rechtsgeschäftes, wie es auch von den neueren Rechtslehrern

---

H. Bodinus de bodmeria Jen. 1697. Borcholten de foenore nautico. Helmst. 1704. J. J. Surland de literis maritimis vulgo van Zeebriefen. Gröning. 1715. Willenberg de bodmeria. Gedan. 1720. (in selectis iurispr. Gedan. 1728. P. I. p. 12.) Eulhardt de credito navali. Goett. 1808. van Esch de contractu nautico apud nostrates bodmeria dicto. Lugd. 1817. van Baerle de contractu assecur. et bodmeriae. Lugd. 1823. F. Stypman de iure maritimo. Gripsv. 1652. 4. P. IV. c. 5. Marquard de iure mercat. 1662. II. c. 8. Loccenius de iure maritimo. Amst. 1651. 12. II. 6. Schottelius, von unterschiedl. Rechten in Teutschland, ꝛc. 1671. S. 411 flg. (Magens) Versuch über Assecuranz Havarie u. Bodmerei, Hamburg 1753. 4. (Zugleich Quellensammlung.) Das Recht der Assec. u. Bodmerei system. behandelt, Königsberg 1771. 4. Cancrin vom Wasserrecht, Bd. 4. S. 66 flg. Engelbrecht, der wohlunterwiesene Schiffer, Lübeck 1792. S. 79—102. W. Benecke, System des Assecuranz- und Bodmereiwesens, Hamb. 1810. Bd. 4. S. 403—520. (Dieses und das unten anzuführende Werk von Pöhls sind als die Hauptwerke zu betrachten.) Jacobsen, Seerecht des Krieges u. Friedens, Altona 1815. S. 12 flg. 499 flg. M. Pöhls Darstellung des Seerechtes (3. Band des Handelsrechtes), Hamburg 1832. S. 814—891. Langenbeck, Commentar zum hamb. Seerechte, Hamb. 1740. 4. S. 270 flg. Klefeker, Sammlung hamb. Gesetze, Bd. 7. S. 266 flg. Archiv des Handelsrechtes, Bd. 1. S. 68. Stein, Abhandlung des lüb. Rechtes, Th. V. S. 164—187. Bynkershoek quaest. iuris priv. lib. III. 16. de Groot Inleidning. B. III. del. 11. Verwer Verhandling van 't Recht der hollantschen Bodmerein. Amsterd. 1711. p. 139 flg. Valin comment. sur l'ordon. maritime. Rochelle 1760. 4. (Gilt als classisch.) Pothier tracté du contrat à la grosse. Paris 1777. n. Ausg. 1810. Emérigon tracté des assurances et de contrat à la grosse. Paris 1784. neue Ausgabe mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung von Boulay Paty. Paris 1827. 2. Vol. 4. Boucher institut du droit maritime Paris 1803. Pardessus cours de droit commercial. V. Voll. Paris 1810. und neueste Ausg. 1827. Vol. II. p. 203 sq. Boulay Paty droit commercial maritime 4 Vol. Paris 1821—1823. Vol. III. p. 1 sq. Azuni sistema univers. dei principi del diritto marit. 2 Vol. Firenze 1759. Vol. 11. p. 224. Targa ponderazioni sopra le contratazioni marittime. Livorno 1755. cap. 32. Baldasseroni tratt. del cambio marittime. Firenze. 1802. (3. Bd. des Werkes über Assecuranzen.) Piantanida de la giurisprud. maritim. Milano 1800. T. III. p. 304 sq. Cesarini Principii del diritto comerciale secondo lo spirito delle leggi Pontifical. Roma 1833. Tom. VII. p. 81—130. J. Weskett a complete disgist. of the theory of laws and pratice of insurance. Lond. 1721. fol. übers. u. verm. von Engelbrecht, Lübeck 1782—1787. 3 Vol. 4. Bd. 1. S. 175 flg. W. Benecke treatise of insurance, bottomry and respond. Lond. 1824. Allan Park system of marine-insurance. Lond. 1787. (7. Auflage 1817.) Chap. 21. Abbot treatise on the laws relative to merchant-ships. Lond. 1802. (4. Aufl. 1812.) P. II. chap. 3. Marshal treatise of insurance. Lond. 1808. 3. ed. 1823. II. p. 656. F. L. Holt system of the shipping and navigation-law etc. Lond. 1820. p. 397 sq. Smith compendium of mercantile law. Lond. 1834. p. 196. Treatise on the law of merchantship by Ch. Abbot with copious annotations of Joseph Story. 3. American edit. Exeter. 1822. p. 175 sq. Phillips treatise on the law of insurance. Boston 1823. p. 301 sq. Kent comment. of American law T. III. p. 297.

angegeben[2]) und so in die Handelsgesetzbücher übergegangen ist[3]). — Ein solcher Vertrag pflegt insbesondere auch von dem Schiffer, der in einen Nothhafen einzulaufen genöthigt war, abgeschlossen zu werden, um dadurch in den Stand zu kommen, seine Reise fortsetzen zu können. Er nimmt dann Geld auf den Boden (den Kiel) seines Schiffes auf, woher das Rechtsgeschäft seinen Namen hat. Pöhls hat daher[4]) geradezu Bodmerei für den Vertrag des Schiffers erklärt, durch welchen dieser im Nothhafen Geld aufnimmt, dagegen die ihm anvertrauten Gegenstände so verpfändet, daß der Verleiher die Gefahr der Reise trägt. Er hat mithin, jedoch ohne sich in der weiteren Auseinandersetzung consequent zu bleiben[5]), das Geschäft auf eine der wichtigsten Arten desselben beschränkt. Ein Bodmereivertrag kann namentlich auch von dem Schiffsrheder oder Befrachter vor Antritt der Reise, sowie auch etwa in dem Bestimmungshafen, um das Schiff von Neuem vortheilhaft befrachten zu können, abgeschlossen werden[6]). Wesentliche Stücke sind nämlich bei einem solchen Vertrage: a) das Darlehn; b) die Verpfändung des Schiffes oder Gutes; c) die Uebernahme der Gefahr von Seiten des Darleihers während der Reise, so daß mit dem Verluste des zum Pfande dienenden Objects auch die Forderung verloren geht[7]). Pöhls bemerkt aber, daß noch in der Regel ein Bestandtheil hinzukommt: d) ein höherer Zins, der zugleich als Prämie erscheint und daher nicht als wucherlich betrachtet werden kann. Zwar heißt es in c. 19 X de usuris (V. 19): Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem eo quod suscepit in se periculum recepturus ultra sortem, usurarius censendus

---

2) Z. B. Martens Handelsrecht §. 196. Mittermaier, Privatr. (5. Aufl.) §. 310.

3) Der Code de comerce hat keine Definition, setzt aber denselben Begriff voraus. Das Handelsgesetzb. für das Königr. d. Niederlande II. Tit. 4. §. 1.: Bodmerei ist eine Uebereinkunft zwischen einem Geldgeber und Geldnehmer, wobei eine Summe Geldes zur Leihe vorgeschossen wird, behufs einer Unternehmung zur See unter Verbindung von Schiff oder Gut oder von beiden in dem Verstande, daß wenn die verbundenen Gegenstände in sicherem Hafen anlangen, der Geldnehmer die Hauptsumme und die versprochene Prämie zurückgeben muß, und daß bei einem Seeunglücke der Geldgeber sein Recht nicht weiter geltend machen kann, wie an dem, was geborgen ist.

4) Pöhls a. a. O. S. 818.

5) Pöhls a. a. O. S. 828 heißt es: aber auch wo der Rheder selbst den Bodmereicontract schließt, ist die Benennung des Schiffes zweckmäßig. Auch die Beispiele S. 831 Note 13 zeigen, wie wenig der gen. Autor bei seiner Auseinandersetzung sich blos auf die vom Schiffer im Nothhafen geschlossene Bodmerei beschränkt.

6) S. Busch, Darstellung der Handlung Bd. 4. S. 4.

7) Mit Recht bemerkt daher Pöhls a. a. O. S. 832, daß ein Contract, worin der Bodmerist sich auch noch persönlich für die Wiederbezahlung verbindlich macht, als dem Wesen der Bodmerei zuwider ist. Das Geschäft kann dadurch ein wucherliches werden.

est[8]); allein darauf kann, abgesehen von dem, was sich gegen die Giltigkeit der Zinsverbote des canonischen Rechtes bei uns einwenden läßt, um so weniger ein Gewicht gelegt werden, als selbst im Kirchenstaate durch Aussprüche der höheren Gerichte die Bodmerei als ein giltiges Rechtsgeschäft anerkannt und die Bedingung höherer Zinsen dabei als zulässig erklärt ist[9]), sowie denn auch in dem neueren Handelsgesetz für den Kirchenstaat sich Vorschriften über den Bodmereicontract finden[10]).

Durch die Prämie und das Tragen der Gefahr wird die Bodmerei dem foenus nauticum der Römer ähnlich, nach welchem Geld in natura oder in Waaren auf Gefahr des Darleihers über See geht (traiectitia pecunia), so daß er es (nebst den Zinsen) nur wieder erstattet erhält, wenn das Schiff am Bestimmungsorte glücklich angekommen ist[11]). Von der Bodmerei unterscheidet sich aber das foenus nauticum dadurch, daß es nur ein obligatorisches Verhältniß begründet, während der Bodmereigeber ein dingliches Recht an den ihm verpfändeten Gegenständen erhält[12]). Dagegen kennt das Handelsrecht unter dem Namen Großavanturhandel ein Rechtsgeschäft, welches nicht so bestimmt von der Bodmerei geschieden werden kann und vielmehr als eine Modification desselben anzusehen ist: es besteht dieses in einem Darleihen auf zur See zu versendende Waaren, woran der Darleiher ein dingliches Recht hat, aber die Seegefahr derselben trägt. Der Bodmereicontract ist ein eigenthümlicher Vertrag, den man nicht unter ein anderes Rechtsgeschäft des gemeinen Rechtes rubriciren kann, ohne dadurch auf Sätze geleitet zu werden, die dem Wesen der Bodmerei nicht angemessen sind; besonders ist man selbst in der Gesetzgebung oft zu solchen Sätzen verleitet wor-

---

8) Aeltere Schriftsteller (s. bei Pöhls S. 838) haben daher den Bodmereicontract theils als ungiltig betrachten, theils durch Einschieben eines non in den Text(!) das Hinderniß hinwegräumen wollen.

9) Es ist dieses geschehen durch eine Entscheidung der florentinischen Rota von 1720 und eine andere der Rota Romana von 1765, welche das ganze italienische Bodmereirecht umfassen. Abgedruckt bei Baldasseroni l. c. trat. de cambio maritimo p. 191 sq. p. 228 sq.

10) Cesarini, welcher das Handelsrecht mit besonderer Rücksicht auf die neuere päbstliche Gesetzgebung behandelt hat, bemerkt in seinem oben angeführten Werke Bd. VII. S. 100: Die Kirchengesetze enthalten über die Zinsen bei der Bodmerei keine Vorschriften. (Le leggi ecclesiastiche non ci danno sull interesse del cambio marittimo alcuna determinazione.)(!) Deßhalb müsse man sich an das Justinianische Recht halten, das bei deren Schweigen überall zur Anwendung kommt.

11) Dig. de nautico foenore (22. 2.) Cod. eod. IV. 33. M. H. Hudtwalker de foenore nautico Romanorum. Hamb. 1810.

12) Weiter noch sucht die Verschiedenheiten zwischen dem römischen und dem neueren handelsrechtlichen Institut anzugeben: Stein, Abhandlung des lübeck'schen Rechtes Th. 5. §. 138. Anm. Dagegen hat in neuerer Zeit Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 257, eine Abhandlung verheißen, in welcher die Identität beider Rechtsgeschäfte auseinander gesetzt werden soll.

den, indem man, was von der Assecuranz gilt, zu häufig analogisch hat anwenden wollen [13]).

Verbodmen kann Schiff und Gut derjenige, welcher es zu verpfänden befugt ist. Daher steht in Bezug auf das Schiff dieses dem Rheder, in Bezug auf die Waaren dem Befrachter zu. Da aber oftmals mehrere Rheder sind, die unter sich in dem Verhältnisse einer Actiengesellschaft stehen, so kann auch jeder derselben seinen Antheil verbodmen. Nach manchen, besonders älteren Seerechten ist es, auch wenn einer der Rheder säumig in der Leistung seines Beitrages ist, den übrigen gestattet, dessen Antheil zu verpfänden [14]). Aber auch dem Schiffer ist es unter bestimmten Bedingungen erlaubt, Bodmerei zu schließen. Doch muß hier der Schiffer in der Eigenschaft eines Mitrheders, wenn er nämlich selbst einen Antheil an dem Schiffe hat, und eines bloßen Bevollmächtigten der Schiffseigner unterschieden werden. In der ersten Eigenschaft kann er wie jeder Andere mit Wissen und Bewilligung der Mitrheder seinen Schiffspart verbodmen. Das hamburger Seerecht, welches hier nur das gemein Giltige enthält, bestimmt in dieser Hinsicht: Es soll kein Schiffer an dem Orte, da die Rheder oder Schiffsfreunde ansässig und gegenwärtig sind, mehr Geld auf Bodmerei nehmen, als auf sein eigen Part, so er im Schiffe hat; wer aber in diesem Falle dem Schiffer mehr auf Bodmerei gibt, der mag sich an des Schiffers Person und Gütern allein erholen und sind die anderen Schiffsrheder dazu zu antworten nicht schuldig [15]). Nur in einem Falle ist es ihm gestattet, auch am Wohnorte der Rheder in seiner Eigenschaft als Schiffer, nicht als Schiffseigner, Geld auf Bodmerei zu nehmen, nämlich wenn einer der Mitrheder seinen Antheil, den er zu den Ausrüstungskosten beizutragen hat, nicht zahlt, kann er dessen Schiffspart verbodmen. Man muß aber wohl mit Emerigon annehmen, daß er hierzu der Einwilligung der Mitrheder bedarf, wenn ihm nicht die ganze Leitung der Ausrüstung übertragen ist [16]). Das preußische Recht bestimmt hierüber [17]): Auf die Schiffspart eines einzelnen Rheders können die übrigen oder deren Disponent, auch wider des Eigenthümers Willen, Bodmerei nehmen, wenn derselbe den schuldigen Beitrag zur Ausrüstung und Ausbesserung des Schiffes verweigert oder zur Ungebühr verzögert [18]).

---

13) S. darüber die Bemerkungen von Pöhls S. 830 flg.

14) Consol. del m. c. 46. Hanseat. Seerecht Tit. V. Art. 7. Pöhls Bd. 3. S. 99, 117. Martens §. 157. Mittermaier §. 542. VIII.

15) Hamb. Statut. II. 18. 1. vgl. preuß. Landr. II. 8. §. 2383. Dän. Seerecht V. 2. Schwed. Seerecht c. 2. Code de C. 232. 233. 321. 322.

16) Emerigon C. IV. sect. 4. §. 2. vgl. revid. hans. Seerecht, Tit. 5. Art. 7.

17) Preuß. Landrecht II. 8. §. 2368.

18) Nach dem Code de C. 233. kann der Schiffer eines von den Eigenthümern vermietheten Schiffes, wenn einige von ihnen sich weigern zu, den zur

Es gestatteten aber schon die älteren Seerechte dem Schiffer in der Fremde, um sich die Möglichkeit zur Fortsetzung der Reise zu verschaffen (wozu er die geeignetsten Mittel zu ergreifen selbst verpflichtet ist), Geld zu leihen und, wenn es zu dem Zwecke erforderlich ist, Geräthschaften zu verpfänden[19]), Waaren zu verkaufen[20]), Geld auf Bodmerei zu nehmen[21]); sodann auch die neueren Seerechte, welche nur darin von einander abweichen, daß sie ihm zur Pflicht machen, bald den einen, bald den anderen Weg, sich Geld zu verschaffen, zunächst einzuschlagen[22]). Im Allgemeinen läßt sich nur sagen, daß der Schiffer zur Verbodmung, insofern sie wegen der Prämie die unvortheilhafteste Weise, um zu seinem Zwecke zu gelangen, zu sein pflegt, erst dann schreiten darf, wenn ihm ein günstigeres Mittel sich Geld zu verschaffen nicht zu Gebote steht[23]). Nur ein Nothfall berechtigt den Schiffer zu solchem Vornehmen[24]). Als Nothfall ist es aber anzusehen, wenn Ereignisse und Umstände eingetreten sind, die ihm, ohne Herbeischaffung von Geldmitteln, die Fortsetzung der Reise unmöglich machen würden; Ausbesserung, Verproviantirung, Rancionirung des Schiffes gehören hierher.

Einige ältere Gesetze verordnen, daß der Schiffer nicht über $\frac{1}{8}$ oder $\frac{1}{4}$ des Werthes der verpfändeten Sache als Bodmereigeld aufnehmen kann, als allgemeine Regel ist aber anzunehmen, daß die Summe den Werth des verbodmeten Gegenstandes nicht übersteigen darf[25]). Da der Schiffer die Rheder über-

---

Absendung erforderlichen Kosten beizutragen, nachdem er 24 Stunden vorher die Weigernden zur Ablieferung ihrer Beiträge hat auffordern lassen, mit richterlicher Genehmigung für ihre Rechnung und auf ihren Antheil Bodmerei nehmen.

19) Consolato art. 104. 105. 236.

20) Jugemens d'Oleron 1. 22.

21) Wisby'sches Seerecht Art. 13, 35, 40, 41.

22) Während z. B. das revid. hanseat. Seerecht Tit. VI. Art. 2. dem Schiffer erst dann Geld auf Bodmerei zu nehmen gestattet, wenn er kein Geld gegen Wechsel auf seine Rheder erhalten oder von den einhabenden Gütern keine zu besseren Vortheil verkaufen kann, erlauben ihm andere erst im letzten Nothfalle zum Verkauf von Geräthschaften oder der verladenen Güter zu schreiten. Orden. de Bilb. c. XXIV. art. 38. 39. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1499—1501. Siehe ferner hamb. Statut. II. 14. Art. 5, 7, 8. Dän. Seerecht V. 1. Code de C. art. 234. Es müssen die im Nothhafen verkauften Waaren dem Eigenthümer ersetzt werden, worüber die Gesetze auch Vorschriften enthalten. Siehe Benecke a. a. O. Bd. 4. S. 437 flg.

23) Benecke a. a. O. S. 443 flg.

24) Sonst muß er den Schaden ersetzen, und setzt sich auch wohl noch weiterer Veranwortung aus; hamb. Statut. II. 14. §. 32. Dän. Seerecht V. 3. Schwed. Seerecht Cap. 2. Ord. de Bilb. XXIV. 37. Code de C. 236. Vgl. damit Borcher und Grimm das Handelsgesetzbuch der preuß. Rheinprovinzen Anm. S. 20.

25) Pöhls a. a. O. S. 828. Hamburger Statut. II. Tit. 18. Art. 3. Preuß. Landr. a. a. O. §. 2370—2378. Dän. Art. 5. Schwed. Cap. 3. Ord. de Bilbao c. 23. art. 3. g. 4. Code de C. art. 311. 317.

haupt nicht über den Werth des Schiffes verbindlich machen, so folgt auch, daß er keine höhere Bodmerei schließen kann. Einige neuere Gesetze schreiben vor, daß sich der Schiffer gerichtlich oder von den Consuln muß ermächtigen lassen, Geld auf Bodmerei zu nehmen, Waaren zu verkaufen[26]) u. s. w. Doch ist solche Vorschrift den älteren Seerechten fremd.

Gegenstand der Verbodmung, insofern nicht Gesetze engere Grenzen setzen, kann Alles sein, was der Seegefahr ausgesetzt wird und was seiner Natur nach als Unterpfand dienen kann[27]). Dahin gehört aber das Schiff, d. h. das ganze oder auch ein Schiffspart, das Schiffgeräth (d. i. Segel, Taue, Blöcke, Anker, Waaren, Segelstangen und alle nicht unzertrennlich mit dem Rumpfe des Schiffes verbundene Werkzeuge), die Fracht, die Ladung, und zwar wieder die ganze, ein aliquoter Theil, oder nur eine bestimmte Waare aus derselben[28]). — Manche Seegesetze verbieten aber die Verbodmung der Fracht[29]), und zwar allgemein, oder sie untersagen nur, die Fracht allein ohne das Schiff zu verpfänden[30]). Bei diesem Verbote ging man von der Ansicht aus, daß die Fracht ungewiß ist und ein unsicherer, zu hoffender Gewinn kann kein Gegenstand der Verpfändung sein[31]). Es ist dagegen aber erinnert worden, daß die Fracht kein ungewisser, sondern, wenn das Schiff seinen Bestimmungsort erreicht, ein sicherer Gewinn ist, der nur während der Reise, wie alle Bodmereigegenstände, der Gefahr ausgesetzt ist[32]). Meist ist es aber verboten, dem Schiffsvolke Vorschüsse auf dessen Sold und Reisegelder zu machen[33]); man fürchtet nämlich, daß, wenn sie sich ihren Gewinn gesichert haben, sich ihr Interesse an der Erhaltung des Schiffes vermindert[34]). — Von den genannten Gegenständen kann jeder für sich oder mehrere zusammen, so daß der Geber daran ein solidarisches Recht erwirbt, verbodmet werden. Wird aber Bodmereigeld auf das Schiff genommen, so kann dieses nicht ohne Weiteres mit auf die Ladung bezogen werden,

---

26) Preuß. Landr. II. 8. §. 1502, 1503. Code de C. art. 254.
27) Pöhls a. a. O. S. 818.
28) Code de C. art. 325.
29) D. h. die durch die Reise zu verdienenden Frachtgelder. Nach dem franz. Rechte haftet die verdiente Fracht mit als Unterpfand, wenn das Schiff verbodmet ist (Art. 320), dagegen wird verboten, ein Darlehn auf die zukünftige Fracht zu nehmen (Art. 318).
30) Preuß. Landr. II. 8. Art. 2369.
31) Pöhls S. 821. Code de C. art. 319.
32) Benecke a. a. O. S. 414. Pöhls a. a. O. S. 819.
33) Code de C. art. 319.
34) Es ist daher, wie sich aus dem Vorigen ergibt, nicht ganz richtig gefaßt, wenn Mittermaier t. Privatr. §. 311. (5. Aufl.) bemerkt: Frachtgeld und Lohn des Schiffsvolkes, oder imaginärer Gewinn, ist nach mehreren Seegesetzen kein Gegenstand der Bodmerei, allein wo kein Gesetz dies Verbot ausspricht, können auch diese Gegenstände verbodmet werden. Vom imaginären Gewinn sagen sowohl Benecke als Pöhls, welche der Autor

wenn die Absicht der Parteien nicht sonst ersichtlich ist[35]). Dagegen sprechen viele Gesetze aus, daß, wo das Schiff mit Zubehör verbodmet worden, die Fracht stillschweigend mit darin begriffen sei[36]). Während man dieses sonst für einen gemeinrechtlichen Satz hält[37]), ist Pöhls der Ansicht[38]), daß er nur da gelte, wo es besonders gesetzlich festgestellt ist. Es ist hier noch zu erwähnen, daß manche Gesetze es verbieten[39]), auf einen Gegenstand, so weit er schon versichert ist, Bodmerei zu nehmen, allein es kann dieses nicht von der Bodmerei im Nothhafen verstanden werden: sie dient ja dazu, den versicherten Gegenstand zu erhalten[40]).

Da der Bodmereigeber die Gefahr trägt, so rechtfertigt sich daraus die Bedingung einer Prämie, auf welche die sonst von den Zinsen geltenden Grundsätze keine Anwendung finden. In dieser Prämie sind zugleich die Zinsen für das Darlehn und die Provision mit begriffen. Ein bestimmtes Maß läßt sich dafür gar nicht angeben, da hier in jedem einzelnen Falle der Umfang der Gefahr und die Schätzung derselben durch den, der sie übernehmen soll, in Betracht kommt. Von einem Ermäßigungsrechte des Richters kann hier keine Rede sein. Vermindert oder vermehrt sich die Gefahr, nachdem der Contract geschlossen, so ist dieses Gewinn oder Verlust des Contrahenten, wodurch sich aber eine Veränderung der einmal bedungenen Prämie nicht rechtfertigt[41]). Die Prämie braucht nicht nothwendig in Geld zu bestehen, der Bodmereigeber kann sich auch andere Vortheile, z. B. einen Theil der Rückladung, Antheil am Gewinn ausbedingen. Die Prämie kann, ohne benannt zu sein, in der Summe stecken, deren Rückzahlung der Geber sich stipulirt hat, wodurch der Schein entstehen kann, es sei keine Prämie festgesetzt. Gewöhnlich wird dieselbe für die Zeit der Reise, zuweilen auch nach Zeitabschnitten bedungen[42]).

Die Prämie ist, wenigstens ihrem Hauptbestandtheile nach, der Preis, für welchen der Darleiher sich zugleich zur Uebernahme der Seegefahr verstand, d. h. daß er alle Zufälle des Mee-

---

anführt, daß sie dem Wesen der Sache nach kein Gegenstand der Verbodmung sind, während bei der Fracht das Entgegengesetzte eintritt. Verbodmung der Heuergelder ist immer gefährlich und sollte gesetzlich verboten sein.

35) Benecke a. a. O. S. 419. Pöhls a. a. O. S. 820.

36) Hamb. Statut. II. 18. Art. 3. Preuß. Landr. a. a. O. §. 24, 28. Code de C. art. 320.

37) Verwer Verhandlingen §. 27. Benecke a. a. O. S. 420.

38) Pöhls S. 820.

39) Preuß. Landr. §. 2376.

40) Benecke S. 459. Mittermaier §. 312. II.

41) Benecke a. a. O. S. 422. Pöhls S. 832 flg.

42) Pöhls bespricht auch S. 835 den Fall, wenn eine Prämie etwa aus Vergessenheit nicht bedungen worden, und meint, daß dann nicht einmal die gewöhnlichen Zinsen gefordert werden können. Bei Stein a. a. O. §. 141 findet sich aber die Ansicht, daß die Bedingung einer Prämie nicht nöthig sei und der Bodmereigeber, wo dieses nicht geschehen, nach Verhältniß seiner Forderung an dem Ertrage des Schiffes participire.

res, z. B. Stürme, Feuer, Kriegsunfälle, Seeraub u. dgl., die sich an dem verbodmeten Gegenstande ereignen, trägt, in der Art, daß mit deren Untergang seine Darlehnsforderung erlischt[43]). Wo aber der Untergang Folge nicht eines Zufalles, sondern eines Versehens oder einer freiwilligen Handlung ist (z. B. wenn er Schleichhandel treibt und das Schiff confiscirt wird), kommt er nicht auf Rechnung des Bodmereigebers[44]). Die Handlung des Schiffers, er mag nun selbst Bodmereinehmer gewesen sein oder nicht, fällt im Allgemeinen auf die Eigner von Schiff und Waaren zurück, nur kann er sie nicht weiter verpflichten, als der Werth derselben reicht, weil weiter seine Vollmacht nicht geht[45]). Die Gesetze enthalten darüber aber oft abweichende Bestimmungen[46]). In der Regel behauptet man, daß inneres Verderben des verbodmeten Gegenstandes nicht zu den Gefahren gehöre, die der Bodmereigeber tragen muß[47]). Mit Recht scheint aber Pöhls zu behaupten, daß dieses von der Gefahr eines Verderbens, welches sich vorhersehen ließ, z. B. Abnutzung eines Schiffes, nicht angenommen werden kann, wenn nicht ein besonderer Verpflichtungsgrund des Bodmereinehmers hinzukommt, z. B. schlechte Verpackung, Nichtangabe, daß Waaren, die besonders dem Verderben ausgesetzt, verladen worden. Nach der Gefahr, also auch nach der Beschaffenheit des Schiffes u. s. w. bestimmt sich die Prämie[48]). Dagegen scheint aber auch kein Grund zu sein, es für unzulässig zu erklären, daß der Bodmereigeber contractlich sich ausbedingt, für gewisse Gefahren, die ihn sonst nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den Gesetzen treffen würden, nicht einstehen zu wollen[49]). So kann contractlich auch die Zeit festgesetzt werden, während welcher der Bodmereigeber die Gefahr tragen soll, und sie endet dann für ihn mit Ablauf dieses Zeitraumes[50]). Ist nichts bestimmt, so beginnt die Gefahr bei Schiffen von dem Augenblicke, da sie das Revier verlassen, und endigt, wenn sie am Bestimmungsorte vor Anker gegangen; bei Waaren aber von dem Momente der Ver-

---

43) Pöhls S. 339.
44) Benecke S. 471. Ord. de Bilb. c. 23. art. 8. Code de C. 326.
45) So Pöhls S. 839.
46) Vgl. Benecke S. 472. Nach hamburgischem Rechte II. 18. Art. 35, preußischem (Landrecht §. 2425 u. 2216) fällt die Schuld des Schiffers dem Bodmereigeber zur Last.
47) So die meisten Schriftsteller, vgl. Benecke S. 469 und Pöhls S. 840, und so auch mehrere Seerechte, z. B. preußisches §. 2435 und Code de C. art. 326.
48) Pöhls S. 840—842.
49) Emerigon l. c. p. 509 behauptet, daß ein solcher Vertrag null und wucherlich sei, womit im Allgemeinen mehrere Schriftsteller übereinstimmen; dagegen s. aber Benecke S. 465 flg. und Pöhls S. 846.
50) Ist das Schiff genöthigt, im Nothhafen einzulaufen, so muß die Zeit, die es sich daselbst aufhält, mit eingerechnet werden. Pöhls S. 846.

ladung, bis sie wieder an's Land gekommen. So bestimmt es namentlich auch das französische Recht. Wenn die Zeit der Gefahr nicht durch den Contract bestimmt worden, so läuft sie in Ansehung des Schiffes von dem Tage, wo es abgesegelt ist, bis es am Bestimmungsorte vor Anker gekommen; in Ansehung der Waaren von der Zeit, da sie in das Schiff oder in leichtere Fahrzeuge geladen sind, um dahin gebracht zu werden, bis sie am Lande abgeliefert sind[51]). Der Bodmereigeber trägt die Gefahr nur für die Reise, für welche der Contract geschlossen. Daher ist es denn auch festzusetzen, ob er sich blos auf die Hin- oder auch auf die Rückreise beziehen soll; wo es nicht bestimmt ist, ist wohl jede als besondere Reise zu betrachten [52]). Eine nicht durch Unfälle nöthig gewordene Abweichung von der Reise entbindet daher auch den Bodmereigeber von seinem Risico[53]).

Eine bestimmte Form wird zur Giltigkeit des Bodmereivertrages gemeinrechtlich nicht erfordert[54]). In der Regel wird der Contract aber schriftlich errichtet, und dieses wird als nothwendig zu erachten sein, insofern dritte Personen dadurch rechtlich betheiligt werden. Als allgemeine Regel für die Beschaffenheit eines Bodmereibriefes läßt sich nur angeben, daß aus demselben mit Gewißheit die Eigenschaft des Geschäftes als eines Bodmereicontractes sich ergeben muß. Es wird daher in demselben enthalten sein müssen: die Namen der Contrahenten (wenn der Bodmereibrief nicht auf den Inhaber lautet), die Angabe der aufgenommenen Summe, die Prämie, Benennung des verbodmeten Gegenstandes, des Schiffes (insofern dieses nicht selbst jener Gegenstand ist), des Schiffers, die Zeit der Wiederbezahlung, die Angabe, für welche Dauer der Geber die Gefahr übernimmt, wenn es nicht für die Ankunft bis zum Bestimmungsorte ist, und endlich die Unterschriften und das Datum [55]).

Ein Bodmereibrief kann auch an Ordre gestellt werden und erhält dadurch die Eigenschaft, daß er nur durch Indossament, wie ein Wechsel, auf Andere übertragen werden kann. Daher auch der Name Seewechsel, welche Benennung in Italien die gewöhnliche für den Bodmereicontract überhaupt geworden ist. Man darf aber aus dem Namen und

---

51) Code de C. art. 328.

52) Das preuß. Recht enthält darüber besondere Bestimmungen §. 2399—2401, die auch festsetzen, daß, wenn das Schiff verbodmet ist, es auf Hin- und Herreise bezogen werden soll; wenn dasselbe aber binnen 2 Monaten die Rückreise nicht antritt, die Bodmereischuld gezahlt werden müsse.

53) Benecke S. 477.

54) Unter den französ. Autoren ist es streitig, ob ein Bodmereivertrag auch mündlich geschlossen werden kann: Pardessus l. c. T. II. p. 239. Delvincourt instit. du droit com. II. p. 321. Boulay Paty p. 38. Die neueren Gesetzgebungen schreiben sonst fast durchgängig mindestens schriftliche Errichtung vor. S. auch Cesarini l. c. p. 85. 86. §. 5. 7.

55) Siehe Benecke S. 413, Pöhls S. 828 flg., Ord. de Bilb. c. 23 enthalten Formulare für Bodmerei auf Schiff und Güter.

aus der Uebertragung jener Institute des Wechselrechtes nicht schließen, daß nun ein an Ordre gestellter Bodmereibrief durchaus die rechtliche Natur eines Wechsels annehme und ein in ganz gleicher Weise exigibles Document werde[56]).

Der Bodmereigeber hat, um sicher zu gehen, 1) darauf zu achten, ob eine wirkliche Nothwendigkeit vorhanden war, Bodmereigelder aufzunehmen; denn wenn man hier auch nicht wohl die Vorschriften der L. 7. de exercit. act. ihrem ganzen Inhalte nach zur Anwendung bringen kann, da das neuere Seerecht dem Schiffer eine größere Selbstständigkeit gibt und es im Interesse der Schifffahrt liegt, die Möglichkeit, Bodmereigeld zu erhalten, nicht zu sehr zu erschweren, so kann wohl mit Billigkeit gefordert werden, daß der Bodmereigeber sich eine gehörige Nachweisung über die Nothwendigkeit verschaffe und sich hierbei keiner groben Nachlässigkeit schuldig mache[57]). Neuere Seegesetze machen indeß, wenn Bodmereigelder ohne Noth aufgenommen sind, nur den Schiffer verantwortlich[58]) und drohen ihm mit Strafen, und lassen den Bodmereigeber seinen aus dem Bodmereibriefe hervorgehenden Anspruch nur dann verlieren, wenn er im Einverständnisse mit dem Schiffer, um die Rheder zu beeinträchtigen, also betrügerischer Weise, gehandelt hat. Manche Rechtslehrer stellen dieses aber als gemeinrechtliches Princip auf und behaupten, daß der Bodmereigeber zur Klage gegen die Rheder berechtigt sei, wenn weder Beweise, noch hinreichende Vermuthung eines heimlichen Einverständnisses zwischen ihm und dem Capitain vorhanden sind[59]). 2) Hat der Darleiher sich aber zu vergewissern, daß die dargeliehene Summe nicht den Werth des verbodmeten Gegenstandes übersteige, denn in diesem Falle wird zwar der Vertrag nicht ungiltig sein, aber er gilt nur bis zum Belaufe jenes Werthes als Bodmereicontract und wird für den Rest nur als einfaches Darlehn angesehen[60]). 3) Er hat auch darauf zu sehen, daß die Formalitäten, welche die Gesetze vorschreiben, beachtet sind. Doch kann man, wo die Gesetze nicht größere Rechtsnachtheile damit verbinden, nur annehmen, daß der Bodmereigeber, wenn die Formalitäten nicht beachtet sind, seine Rechte gegen Dritte dadurch verliere[61]).

---

56) Pöhls S. 850. Es ist in den Gesetzen aber den Bodmereibriefen die Eigenschaft der Wechsel beigelegt. Code de C. art. 313. (vergl. Pöhls S. 869.) Das neue niederl. Gesetzb. II. 8. Art. 5. behandelt ein solches Indossament nur wie eine Cession.

57) Benecke S. 455. Pöhls S. 827.

58) Hans. revid. Seerecht Cap. 6. Art. 3. Hamb. St. II. 18. 4: Ein Schiffer, der das Schiff unziemlich mit Bodmerei beschwert, soll für einen unehrlichen Mann gehalten und nicht weiter in der Stadt geduldet werden. Nach preuß. Rechte Art. 23, 88, 89, soll, wer wissentlich dem Schiffer zu anderem Gebrauch Bodmereigelder gibt, sich allein an diesen halten können und als Betrüger haften und bestraft werden, wenn er sich zum Nachtheil der Rheder mit dem Schiffer verstand. Vgl. Code de C. art. 236, 316.

59) Vatin Coment. sur l'ordonnance Tit. du Capitain art. 19. Emerigo Ch. 4. sect. 7. 8. Mittermaier §. 311. II.

60) Benecke S. 458. Pöhls S. 825. Mittermaier §. 310 a. E. Preuß. Landr. §. 2379—81. Code de C. art. 317.

61) Pöhls S. 827. Er führt als Beispiel an, daß die jüngere Bodme-

Ein abgeschlossener Bodmereicontract wird dann erst wirksam, wenn der verbodmete Gegenstand der Gefahr wirklich ausgesetzt worden, denn dafür wird die Prämie stipulirt und nur unter dieser Bedingung kann sie gefordert werden. Hat der Nehmer daher die Reise nicht angetreten, sei es daß er durch höhere Gewalt verhindert wurde, sei es daß er sich freiwillig dazu entschloß, die Reise aufzugeben oder zu verändern, oder sind die Waaren, auf welche Bodmerei geschlossen, nicht verladen worden, so muß der Contract insoweit, als der Gegenstand der Gefahr nicht ausgesetzt worden, wieder als aufgehoben angesehen werden. Der Bodmerist ist zur Wiedererstattung des Darlehns (ristorno) nebst den gewöhnlichen Zinsen und Kosten für die Zeit, während welcher er das Geld in Händen gehabt hat, verpflichtet, der Bodmereinehmer kann aber die Prämie nicht in Anspruch nehmen[62]). Diese ist erst verdient, wenn der verbodmete Gegenstand der Gefahr wirklich ausgesetzt war. Ist dieses aber einmal der Fall gewesen, so kann nichts darauf ankommen, ob die Reise einmal angetreten und wieder aufgegeben ist (z. B. wenn das Schiff, aus Furcht wegen Kaper u. dgl., wieder zurückkehrt), oder wenn die Reise nicht ganz vollendet wurde (etwa wenn die Bodmerei für die Hin- und Rückreise geschlossen worden und das Schiff am Bestimmungsorte von der Rückreise absteht). Es muß in diesen Fällen aber so angesehen werden, als sei die Reise ganz vollendet, d. h. es kann nun der Bodmereigeber, wenn kein Unglücksfall, den er tragen muß, das Schiff betroffen hat, Rückzahlung des Darlehns und die bedungene Prämie fordern[63]).

Wenn über Ort und Zeit der Rückzahlung nichts festgesetzt ist, so muß sie in der Regel am Bestimmungsorte geschehen, außer wenn die Reise früher aufgegeben, oder die verbodmete Waare früher verkauft ist: dann kann der Geber auch

---

rei ihr Recht vor der älteren verliert. Nach franz. Rechte verliert die Bodmereischuld bei solcher Nichtbeobachtung ihr Schuldprivilegium. S. Code de C. art. 312 vgl. mit 191, dann Broicher und Grimm, das Handelsgesetzbuch der Rheinprovinzen, Art. 234 und die Anm. das.

62) Ueber das Ristorno siehe Benecke S. 424—427. Pöhls S. 842, 847, 848. Mittermaier §. 313. IV. Die italienischen Schriftsteller, im Widerspruch mit den teutschen und französischen, beschränken das Ristorno auf den Fall, wenn höhere Gewalt die Antretung der Reise verhindert. In allen im Texte genannten Fällen tritt das Ristorno aber ein nach preuß. Landr. §. 2417. Zinsen müssen hier um deßwillen gezahlt werden, weil sie in der Prämie mit enthalten, also contractmäßig sind, wie unter Kaufleuten im Geschäftsverkehr nicht wohl anders Darlehn stattzufinden pflegen; wenn also die höheren Zinsen, weil die Gefahr nicht eingetreten, nicht gefordert werden können, so kann man dem Geber die gewöhnlichen Zinsen, wenn er sein Capital zwecklos entbehrt hat, wohl nicht absprechen. Ortsübliche Zinsen billigt der Code de C. zu art. 317; 6 pCt. das preuß. Landr. §. 2418. Wir haben dieses auch besonders hervorgehoben, weil Pöhls S. 847 u. 842 a. E. vgl. mit S. 837 flg. Zweifel erwecken könnte.

63) Benecke S. 501. Pöhls S. 842 flg.

dort die Zahlung fordern, und sobald die von ihm übernommene Gefahr zu Ende geht[64]). Doch hierbei muß dem Bodmereinehmer eine angemessene, wo es nöthig wird, nach richterlichem Ermessen festzusetzende Frist zum Herbeischaffen des Geldes gegeben werden[65]); die Gesetze haben oft eine solche Frist genauer bestimmt[66]). Wenn die Prämie durch Beendigung der Gefahr verdient ist und nebst dem Anlehen zurückgezahlt werden soll, also das Geschäft beendigt ist, so hat nun aber der Geber, wenn die Zahlung nicht erfolgt, Zinsen für die Schuld zu fordern; doch da der Geber oftmals nicht am Orte und der Bodmereibrief ein negotiables Document ist, mithin der Bodmereischuldner nicht wissen kann, wem er die Zahlung zu leisten hat, so muß in der Regel sich der Inhaber melden; geschieht dieses nicht bis zum Zahlungstermine, so wird gerichtliche Deposition in jedem Falle von der Verpflichtung der Zinszahlung und der Gefahr des Geldes befreien[67]). Ueber die Verjährung enthalten die Gesetze oft auch besondere Bestimmungen, sonst treten die gemeinrechtlichen Grundsätze ein[68]).

Ist der verbodmete Gegenstand aber von Zufällen oder Ereignissen getroffen worden, die der Bodmereigeber zu tragen hat, so erlischt im Falle eines totalen Unterganges sein Recht sowohl auf Rückforderung des Darlehns, als auf die Prämie[69]), während er bei einem partiellen Verluste auch nur an den verbodmeten Gegenstand, so weit er noch vorhanden ist, sich halten und daraus seine Befriedigung für seine ganze Forderung sowohl an Capital wie an Prämie suchen kann. Ist nicht eine einzelne bestimmte Sache, sondern ein idealer Theil verbodmet, z. B. die halbe Ladung, so trifft den Bodmereigeber und Eigenthümer der Verlust pro rata[70]). Es kann der Geber bei solchem partiellen Verluste nach allgemeinen Principien nur verlangen, daß der Nehmer ihm die Gegenstände, welche verbodmet waren und so weit sie geborgen sind, zu seiner Befriedigung überläßt[71]); es mögen nun dieselben

---

64) Benecke S. 481. Pöhls S. 853.

65) Benecke S. 480 gibt 14, 20 Tage, einen Monat nach Ankunft des Schiffes als die gewöhnlichen Fristen an. Pöhls S. 854.

66) Nach wisby'schem (Art. 40), schwedischem (Cap. 1), hamburgischem Seerechte (Statut. II. 14. Art. 7) ist der Termin 14, nach preußischem (§. 2436) 8 Tage nach Ankunft des Schiffes.

67) Benecke S. 480, 483. vgl. aber Pöhls S. 855.

68) Die teutschen Seerechte lassen oftmals das dingliche Recht an dem Schiff oder der sonst verbodmeten Sache binnen Jahr und Tag oder Jahresfrist verjähren; wisby'sches Seerecht Art. 40, hamb. II. 14. Art. 7, preuß. Landr. §. 2443, 2444. Das dänische Recht hat überhaupt bei Bodmereiforderungen eine 6monatliche, das französische (Code art. 432) eine 5jährige Verjährungszeit.

69) Benecke S. 488. Dän. Seerecht Cap. 7. Schwed. Cap. 7. Code de C. art. 325. Preuß. Landr. §. 2426.

70) Pöhls S. 843. So namentlich auch nach franz. Rechte. s. Pöhls S. 867. Dän. Recht IV. 5. Art. 7.

71) Emerigon II. S. 547 sagt: Von dem Augenblicke des Unglücksfalles ist der Geger von Rechtswegen Besitzer der geretteten Sachen. Sie die-

theilweise wirklich verloren gegangen, oder im beschädigten Zustande, wenn auch ganz erhalten sein. Allein vielfach findet man auch bei den Schriftstellern die Ansicht, daß der Bodmereinehmer im letzteren Falle Darlehn und Prämie bezahlen müsse, dafern nur (wie es in Bodmereicontracten, worin der Geber sich Freiheit von particularer Haverei bedingen will, oft heißt) der Boden so viel zu Lande bringt, als verbodmet worden ist, ohne Rücksicht auf dessen Beschaffenheit. Auch die Bestimmungen der Seegesetze sind hier sehr verschieden, indem sie hinsichtlich der Haverei, und zwar sowohl der particularen, als der großen (s. Art. Haverei) sehr verschiedene Grundsätze befolgen, den Bodmereigeber bald mit beiden der einen oder anderen belasten, oder auch von dieser wie von jener freisprechen[72]). Letzteres möchte aber wohl, da die Gesetze die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht beengt haben, nach dem Wesen der Sache als das Richtige anzusehen sein, wie es besonders Pöhls zu erweisen gesucht hat[73]).

Bei dem Zusammentreffen mehrerer Forderungen in Beziehung auf den verbodmeten Gegenstand kommen hier eigenthümliche

---

nen ihm nach Abzug der Fracht und der Rettungskosten zum besonderen Unterpfande für seine Forderung. Code de C. art. 327: Im Fall eines Schiffbruches (dieses ist wohl mehr beispielsweise für Unglücksfall überhaupt als wörtlich zu verstehen) wird die Bezahlung der auf Bodmerei geliehenen Summe auf den Werth der geretteten und im Contracte verpfändeten Gegenstände nach Abzug des Berglohnes beschränkt. — Preuß. Landrecht II. §. 2427. Ist die verbodmete Sache nur zum Theil verunglückt, so hängt es von der Wahl des Nehmers ab, die Bodmereischuld zu bezahlen oder dem Geber die verbodmete Sache zu seiner Befriedigung zu überlassen. Ueber einige sich daran anschließende Bestimmungen §. 2418—30. vergl. Benecke's Bemerkungen S. 497—500.

72) So trägt nach hamb. Rechte der Bodmereigeber zu keiner Haverei bei: Statut. II. 18. Art. 6. und Assecuranzordn. von 1731. Tit. 9. Art. 2. Nach englischen und nordamerikanischen Rechtsgrundsätzen ist er von dem Beitrage zur großen Haverei befreit, vergl. Pöhls S. 874 u. 876. In Italien war er wenigstens früher nur von der particularen Haverei frei (Baldasseroni l. c. p. 264), aber das neue römische Handelsrecht, Regol. di Com. art. 323. 324. Cesarini l. c. p. 120 schließt sich dem neueren französischen Handelsrechte an (Code art. 330), wornach er zu beiden herangezogen wird, während die Ordonance de la marine h. t. art. 10. ihn nur zur großen contribuiren ließ. Mit dem Code de C. stimmt auch der spanische Codigo art. 834, während die Ord. de Bilbao l. c. art. 9. wie die Ord. de la marine verfügt hatte. Auch nach preuß. Rechte Art. 2425 flg. findet dasselbe statt. Vgl. noch Benecke Bd. 1. S. 116—132.

73) Pöhls S. 844, 845. Benecke hat im ersten Theile seines Werkes einen besonderen Abschnitt über Haverei- und Bodmereigelder S. 88—134, während von der Bodmerei erst im 4. Bande gehandelt wird. Er sucht die Frage dadurch zu entscheiden, daß er zwei Arten von Bodmereien annimmt, je nachdem durch die Bodmereigelder der Werth der verbodmeten Sache vermehrt wird, z. B. wenn Proviant dafür angeschafft, Waaren gekauft sind, oder nicht, z. B. wenn man sie zu Reparaturkosten verwendete (S. 93); im letzten Falle will er den Geber von der Haverei befreit wissen (S. 96).

Grundsätze zur Anwendung: 1) Die im Nothhafen geschlossene Bodmerei geht jeder anderen vor, und 2) bei dem Zusammentreffen mehrerer solcher Bodmereiforderungen gilt ganz allgemein die durch Gewohnheiten bestätigte Regel, daß nicht die ältere, sondern die jüngere Bodmerei den Vorzug hat[74]). Durch die jüngere Bodmerei ist nämlich der schon verbodmete Gegenstand gerettet, der sonst untergegangen und für den ersten Bodmereigeber doch verloren gewesen sein würde. Daher kann eigentlich ein solcher Vorzug auch nur stattfinden, wenn zwischen beiden Bodmereien eine Seegefahr liegt; wenn sie aber an einem Orte geschlossen worden, so sind sie gar nicht als zwei verschiedene, sondern gewissermaßen nur als eine Bodmereiforderung zu betrachten[75]).

Wiewohl die Bodmereiforderung eine privilegirte ist, so muß sie doch einigen Forderungen nachstehen, und zwar aus dem vorher angegebenen Grunde. Es gehören dahin aber: 1) der Berglohn, wohin Alles zu zählen ist, was zur Auslösung des Schiffes aus Feindes- und Räuberhänden bezahlt worden; 2) Loots-, Tonnengeld und Hafenunkosten u. dgl. nothwendige Ausgaben; 3) die Volksheuer von der letzten Reise; 4) Forderungen, die nach geschlossener Bodmerei für neue Herstellung des Schiffes, Anschaffung von Lebensmitteln u. dgl. entstanden sind, sei es durch Lieferung, durch Darlehen, Verkauf von Waaren zu diesem Zwecke; 5) die Havariegrosse, die seit Schließung der Bodmerei entstand[76]). Unter sich gelten diese Forderungen auch nach dem Alter, so daß die jüngere immer der älteren vorgeht.

Wenn der Inhaber des Bodmereibriefes denselben titulo onoroso und, wie es gewöhnlich ist, durch Indossament von dem Bodmeristen selbst oder aus dritter Hand erwarb, so kann man ihm einen Regreß nicht zugestehen. Doch die Gleichstellung des Bodmereibriefes mit dem Wechsel hat allerdinds zur Einräumung eines solchen Regresses theils durch Gewohnheit, theils durch Gesetze geführt, sowie es auch eine Folge der Uebertragung des Wechselrechtes auf die Bodmereibriefe ist[77]), daß der Inhaber sich seinen Regreß durch einen aufzunehmenden Protest sichern muß.

Wilda.

---

74) Benecke S. 508—510. Pöhls S. 857. Mittermaier §. 312. IV.

75) Preuß. Landr. §. 2445—51 bestimmt: die von dem Schiffer im Nothhafen geschlossene Bodmerei geht allen anderen vor, und von mehreren derselben hat die jüngere den Vorzug vor der älteren; dann folgt die von den Rhedern und Befrachtern oder in deren Vollmacht geschlossene Bodmerei, sofern sie auf den Schiffs- oder Landungspapieren angemerkt ist, und zwar mehrere der Zeitfolge nach. Alle anderen, die nun folgen, haben unter einander gleiche Rechte. — In dem niederländ. Handelsges. II. Artikel 13. ist auch ausdrücklich gesagt, daß mehrere an demselben Orte geschlossene Bodmereien einander gleichstehen.

76) Benecke S. 512 flg. Pöhls S. 859.

77) Siehe Note 56.

Bona ist der Kunstausdruck, womit in bestimmten Lehren des civilen und prätorischen Rechtes die gesammte Vermögensfreiheit einer bestimmten Person bezeichnet wird. Diese Bedeutung hat der Ausdruck bona in der Lehre von der in bona missiones[1]), von der bonorum emtio[2]) und von der bonorum possessio[3]). Am Belehrendsten werden in dieser Beziehung diejenigen Stellen, welche die Bedeutung des Wortes in Bezug auf die bonorum possessio erörtern; denn es ergibt sich aus ihnen, daß hier der Ausdruck nicht in Bezug auf die einzelnen Vermögensstücke, sondern vielmehr nur auf die Einheit der Vermögensfreiheit gebraucht ist. Es wird dieß recht deutlich aus der Vergleichung des Begriffes hereditas, welcher in den älteren Zeiten im Edicte stand und erst späterhin durch den Ausdruck bona ersetzt worden ist[4]). Mithin umfaßt der Begriff der bona nicht allein die einzelnen Vermögensstücke, sondern auch die Schulden und außenstehenden Forderungen. Daher kommt es, daß selbst, wenn gar nichts im Vermögen ist, doch von einer in bona missio die Rede sein kann[5]); daß ferner in der bonorum venditio die ganze Vermögensmasse durch Universalsuccession auf den Käufer der bona übergeht, und daß endlich auch der bonorum possessor den Verstorbenen activ und passiv repräsentirt[6]). Es steht indeß nicht zu bezweifeln, daß auch das Civilrecht diese Bedeutung von bona anerkannt hat. Wenigstens ist auch in der bonorum sectio, welche doch unbezweifelt dem Civilrechte entlehnt ist, von einer bonorum emtio venditio, bona emi, bonorum emtores die Rede[7]), und in ähnlicher Beziehung wird der Begriff bona im Erbrechte gebraucht, um das Gesammtvermögen einer Person, welche nicht das römische Bürgerrecht erlangt hat, zu bezeichnen. So spricht man von bona Latinorum[8]) und eorum, qui dediticiorum numero sunt[9]), während bei der Beerbung von Freigelassenen, welche römische Bürger sind, gewöhnlich von der hereditas die Rede ist[10]). Fragt

---

1) L. 49. D. de V. S. (50. 16.) Diese Stelle ist aus Ulpianus lib. LIX. ad Edictum, in welchem Buche die Missionen behandelt worden sind. Vergl. L. 3. 5. u. 7. D. quibus ex causis in possessionem eatur. (42. 4.)

2) Caius inst. III. §. 77—81. vgl. mit Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 610, 611.

3) L. 3. pr. D. de bonorum possessionibus. (37. 1.) L. 208. D. 50. 16.

4) Siehe die Stellen des Edictum urbanum bei Cic. in Verrem lib. I. cap. 45. §. 116 u. 117. Darauf deuten auch die Worte des Labeo in L. 3. §. 1. D. 37. 1. hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est.

5) L. 14. D. de rebus auctoritate iudicis. (42. 5.)

6) L. 1. D. 37. 1.

7) Cic. pro Roscio Amerino cap. 26. §. 72. cap. 43. §. 125. cap. 52. §. 151. Caius inst. IV. §. 146. Vergl. Stieber de bonorum emtione (Lipsiae 1827.) §. 2. p. 5 u. 6.

8) Caius inst. I. §. 167. III. §. 55—76.

9) Caius inst. III. §. 74—76.

10) Caius inst. III. §. 57—64. Ulpiani fr. 27. §. 1—3. 29. 1.

man, bei welcher Lehre des prätorischen Rechtes der eben erörterte Begriff sich zuerst gebildet habe, so kann man nur zwischen der bonorum venditio[11]) und in bona missio schwanken. Für die letztere scheint indeß der Umstand zu sprechen, daß Livius bei dem Prozesse des L. Scipio Asiaticus den Begriff bona mit der in bona missio in Verbindung bringt[12]), und daß die offenbar auf die in bona missio gebaute bonorum venditio erst späteren Ursprunges ist[13]). Mit der eben erörterten Bedeutung des Begriffes bona hängt es jedenfalls zusammen, wenn man späterhin das Wort bona auch von Forderungen brauchte, welche zu irgend einer Vermögensmasse gehören[14]), und auf Sachen ausdehnte, welche im guten Glauben besessen werden[15]). Jedenfalls machte man aber in der neueren Kunstsprache einen Unterschied zwischen in bonis esse und ex bonis esse. Jenes bezog man namentlich auf solche Vermögensstücke allein, welche im Eigenthume des Besitzers sind; dieses hingegen auch auf solche Sachen, welche man im guten Glauben besitzt oder gegen Andere vertreten muß[16]), wenn schon der Ausdruck in bonis esse auch manchmal auf solche Sachen im engeren Sinne allein bezogen wird, welche wir Anderen mit einer Klage abfordern können[17]). — Ganz verschieden von der bis jetzt erörterten Bedeutung des in bonis esse ist die, in welcher dieser Ausdruck auf das bonitarische Eigenthum, im Gegensatze des quiritarischen, bezogen wird[18]); eine Redeweise, welche sich erst nach den ciceronianischen Zeiten gebildet zu haben scheint, da in dessen Schriften sich noch keine Spur dieses Sprachgebrauches vorfindet, wenn gleich es gewiß ist, daß schon die lex Iunia Norbana auf das bonitarische Eigenthum Rücksicht genommen hat[19]). Wohl aber hängt es mit der zuerst erörterten Bedeutung zusammen, wenn von Sachen, welche

---

11) Siehe die Rede des **Cicero** pro Quinctio, tabula Heracleensis c. 8., Lex de Gallia Cisalpina cap. 22. col. II. lin. 45—47.

12) Liv. XXXVIII. c. 60.

13) **Caius** inst. IV. §. 35.

14) L. 49. D. 50. 16. L. 9. §. 6. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 43. D. de usu et usufructu. (33. 2.) L. 32. pr. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 52. D. de adquirendo rerum dominio. (41. 1.) Vergl. **Löhr**, wer ist Eigenthümer der dos? in seinem und **Grolman's** Magazin für Rechtswissenschaft, Bd. IV. S. 65.

15) L. 49. D. 50. 16.

16) L. 2. §. 22. D. bonorum vi raptorum. (47. 8.) §. 2. J. de vi bonorum raptorum. (4. 2.) **Theoph.** ibid. ed. **Reitz** tom. II. p. 751. Diese Bedeutung liegt auch folgenden Stellen zu Grunde: L. 75. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 21. §. 4. D. ad municipalem. (50. 1.)

17) L. 9. §. 6. D. 4. 2. L. 4. D. de collatione. (37. 6.) L. 1. §. 9. D. de dotis collatione. (37. 7.)

18) **Caius** inst. II. §. 40 u. 41, I. §. 35, 54 u. 167. **Ulp.** fr. I. §. 16. XXII. §. 8. Vgl. **Mayer** über das duplex dominium des römischen Rechtes in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 8. S. 1 bis 15.

19) **Caius** inst. I. §. 167. Vergl. **Mayer** a. a. O. Th. 8. S. 47 und 48.

in keines Menschen Eigenthum sind, gesagt wird: nullius in bonis sunt[20]), natürlich im Gegensatze des alicuius in bonis esse. Dahin gehören alle res divini iuris[21]), Sachen, welche im Eigenthume des Staates sind[22]), und solche Sachen, welche zu einer hereditas iacens gehören[23]).

Auch auf einzelne Sachen, welche zu einer Gütermasse gehören, wird öfters der Begriff bona bezogen. So z. B. in der Lehre von der Klage vi bonorum raptorum[24]).

Bei der Berechnung des Bestandes der Vermögensmasse kommt in vielen Fällen die Regel zur Anwendung, daß von ihrem Betrage die Schulden, welche auf derselben lasten, im Voraus verabzugt werden. Auf diese Weise wird der Nettobetrag der Güter berechnet. Man drückt diese Regel aus durch die Worte: bona intelliguntur deducto aere alieno. Die einzelnen Anwendungen, welche von derselben im römischen Rechte vorkommen, sind folgende: a) Falls der Nießbrauch eines ganzen Vermögens oder einer Vermögensquote vermacht worden ist, sollen bei der Berechnung der Vermögensmasse die Schulden im Voraus verabzugt werden[25]). b) Bei der Berechnung der Erbschaftsmasse zum Behufe des Abzugs der falcidischen Quart sind im Voraus alle Schulden der Erbschaft abzuziehen[26]). Dahin rechnet man aber nicht allein, was der Erblasser Anderen schuldet, sondern auch, was er dem Erben schuldet[27]); die Kosten der Bestattung des Verstorbenen[28]); den Werth der im Testamente des Erblassers freigelassenen Sclaven, ohne Unterschied, ob dieselben durch Legat oder Fideicommiß freigelassen worden sind[30]); die Kosten, welche die Verwaltung und Aufbewahrung der Erbschaftssachen verursachen[31]). Eben diese Grundsätze kommen auch bei der Berechnung der trebellianischen Quart in Frage, da der historische Bildungsgang der Lehre von der trebellianischen Quart beweist, daß sie nur eine Ausdehnung der durch das falcidische Gesetz für Legate eingeführten Grundsätze auf Fideicommisse enthält.

---

20) Caius inst. II. §. 9 u. 11. §. 7. J. de rerum divisione. (2. 1.) L. 1. pr. D. de divisione rerum. (1. 8.)

21) Caius inst. II. §. 9. L. 1. pr. D. 1. 8. §. 7. J. 2. 1.

22) Caius inst. II. §. 11. L. 1. pr. D. 1. 8.

23) Caius inst. II. §. 9. L. 1. pr. D. 1. 8.

24) L. 2. pr. D. vi bonorum raptorum. (47. 8.) vgl. mit §. 17, 19, 22. Caius inst. III. §. 209. §. 2. J. 4. 2. Theoph. ibid. ed. Reitz tom. II. p. 751.

25) L. 69. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 43. D. de usu et usufructu legato. (33. 2.)

26) L. 39. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) §. 3. J. de lege Falcidia. (3. 22.) L. 1. §. 12. D. si cui plus, quam per legem. (35. 3.)

27) L. 6. pr. C. ad legem Falcidiam. (27. 50.) L. 8. C. 6. 50.

28) §. 3. J. 3. 22.

30) §. 3. J. 3. 22. L. 1. §. 12. D. 35. 3.

31) L. 72. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

c) Bei der Berechnung des Pflichttheiles, welcher bekanntlich aus der falcidischen Quart entstanden ist, werden zum Behufe der Ausmittelung der Größe der Erbschaft alle Erbschaftsschulden im Voraus verabzugt [32]). Dahin rechnet man auch die Kosten der Bestattung des Verstorbenen und nach Einiger Meinung auch den Werth der im Testamente des Verstorbenen freigelassenen Sclaven. d) Das Versprechen, die eigne Gütermasse (bona) zum Heurathsgut zu geben, wird von römischen Juristen so ausgelegt, als ob nur der Nettobetrag des Vermögens nach Abzug der Schulden versprochen worden wäre [33]). e) Bei der Berechnung der Gütermasse, welche der emancipirte Sohn zu conferiren hat, werden die Schulden desselben im Voraus verabzugt [34]). f) Wenn eine Erbschaft in das sogenannte peculium adventitium des Hauskindes kommt, ist es dem Vater gestattet, zur Bezahlung der Schulden, welche auf dieser Erbschaft ruhen, zuerst bewegliche und, falls diese nicht zureichen, unbewegliche Sachen aus dieser Erbschaft zu veräußern [35]). Indeß darf man bei der Anwendung dieser Regel nicht weiter gehen, als es überhaupt den vorhandenen Rechtsquellen nach gestattet ist, da es Fälle gibt, in welchen ihre Anwendbarkeit ausdrücklich in Abrede gestellt wird [36]). Heimbach.

Bona fides (auch fides bona)[1]). Mit diesem Kunstausdrucke bezeichnen die Römer die Handlungsweise, welche aus der Ueberzeugung, daß man mit ehrlichen Leuten zu thun habe, hervorgeht [2]). Daher die beständige Beziehung der bona fides auf Handlungen gegen Andere; daher der stete Gegensatz, in welchem die bona fides mit der fraus und dem dolus malus steht [3]); daher endlich der Ausschluß jeglicher Handlung, welche den Anderen beeinträchtigen würde, vom Begriffe der bona fides [4]). In dieser Beziehung müssen natürlich die Grundsätze, auf welche jene Handlungsweise zurückgeführt

---

32) L. 8. §. 9. D. de inofficioso testamento. (5. 2.) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 7. S. 108.

33) L. 72. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)

34) L. 2. §. 1. D. de collatione. (37. 6.) L. 6. C. de collationibus. (6. 20.)

35) L. 8. §. 4. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.)

36) L. 22—25. D. de religiosis et sumtibus funerum. (11. 7.)

1) Fides bona findet sich in L. 3. D. pro socio. (17. 2.) L. 24. pr. D. locati. (19. 2.), ja dieß scheint sogar die ursprüngliche Redeform gewesen zu sein. Cic. de off. III. 15. u. 17., Topic. 17.

2) Cic. de officiis III. cap. 15—17.

3) L. 3. D. 17. 2. Quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Vgl. L. 35. pr. D. locati conducti. (19. 2.) L. 22. pr. D. de manumissis testam. (40. 4.) L. 2. D. de separationibus. (42. 6.) L. 9. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) So bezieht auch Proculus das bonam fidem praestare auf die Entfernung des dolus malus. L. 68. pr. D. de contrahenda emtione. (18. 1.)

4) L. 7. §. 1. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 6. §. 18. D. de excusationibus. (27. 1.)

wird, mit denen der höchsten Billigkeit identisch[5]) sein. Mit dem eben erörterten Begriffe der bona fides stimmt es vollkommen überein, wenn aus derselben folgende Rechtssätze hergeleitet werden. 1) Es ist gegen die bona fides, über fremde Sachen wissentlich zu disponiren. Dieß ergibt sich aus den Grundsätzen, welche von der bonae fidei possessio gelten, und wird in Bezug auf den Pachtcontract durch ein Zeugniß des Africanus bestätigt[6]). 2) Es ist gegen die bona fides, denselben Gegenstand der Leistung von derselben Person zweimal zu verlangen[7]). Am Deutlichsten zeigen sich die Wirkungen dieses Grundsatzes in der Lehre von der Concurrenz der Klagen[8]). 3) Es ist gegen die bona fides, das abzuleugnen, was man empfangen hat[9]). 4) Es ist gegen die bona fides, welche bei Contracten verlangt wird, den Mitcontrahenten zu seinem Schaden zu hintergehen[10]). Denn die bona fides schließt den dolus malus aus. Aus diesem obersten Grundsatze ergeben sich folgende Folgerungen für das gemeine Pandectenrecht: α) Es ist gegen die bona fides, falls die Beurtheilung einer Sache in das freie Ermessen einer dritten Person gestellt ist, dasselbe nach anderen Grundsätzen, als welche die Handlungsweise eines braven Mannes bestimmen, zu beurtheilen[11]). β) Die bona fides verlangt, daß Contractsbedingungen gehalten werden[12]), außer wenn sie den Mitcontrahenten widerrechtlicher Weise in Schaden bringen[13]). γ) Der Vertrag ne dolus praestetur ist bei bonae fidei iudicia ungiltig[14]). 5) Es ist gegen die bona fides, sich Zinsen von dem geben zu lassen, welcher uns durch die Aufhebung unseres Geldes eine Gefälligkeit erwiesen hat[15]). 6) Es ist gegen die bona fides, von Jemand Schadenersatz zu verlangen, welcher sein eignes Ge-

---

5) L. 31. pr. D. depositi vel contra. (16. 3.) Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.

6) L. 35. pr. D. locati. (19. 2.)

7) L. 58. D. de diversis reg. (50. 17.) Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

8) L. 27. §. 11. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 38. §. 1. D. (17. 2.) L. 43. D. locati. (19. 2.) L. 18. D. de verbor. obligat. (45. 1.) L. 26. D. de peculio. (15. 1.) L. 51. §. 1. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 3. §. 15. D. de tabulis exhibendis. (43. 5.) L. 34. pr. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 22. §. 6. D. rem ratam haberi. (46. 8.)

9) L. 11. D. depositi. (16. 3.)

10) L. 51. pr. D. de aedilitio edicto. (21. 1.)

11) L. 24. pr. D. 19. 2.

12) L. 13. pr. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 2. §. 13. D. de administratione rerum. (50. 8.) L. 21. D. 19. 2. L. 11. §. 1. D. de actionibus emti. (19. 1.)

13) L. 7. §. 1. D. de rescindenda venditione. (18. 5.)

14) L. 1. §. 7. D. 16. 3. L. 17. pr. D. commodati. (13. 6.) L. 27. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

15) L. 24. D. 16. 3.

schäft in der Meinung, es sei das meine, aus Einfalt vollzogen hat[16]). 7) Es ist gegen die bona fides, Jemand zu veranlassen, daß er einer Hure Geld borge[17]). 8) Es ist gegen die bona fides zu verlangen, daß der Eigenthümer seine vom Diebe bei ihm deponirte Sache demselben zurückerstatte[18]). 9) Es ist gegen die bona fides, vom Pachter zu verlangen, daß er den ihm durch die gepachtete Sache zugefügten Schaden allein trage[19]).

Einer besonderen Berücksichtigung bedürfen folgende Kunstausdrücke in dieser Lehre:

1) **Bonae fidei iudicia.** Es sind solche Klagen, in deren Formel die Worte ex fide bona eingesetzt werden[20]). Sie gründen sich auf die Grundsätze, welche aus der bona fides sich ergeben[21]), und werden daher auch nach denselben beurtheilt[22]). Der Inhalt derselben wird mit den Worten ausgedrückt: id quod alterum alteri ex fide bona praestare oportet[23]). Daraus geht zugleich so viel als gewiß hervor, daß denselben nicht einseitige Geschäfte zu Grunde liegen (siehe den Artikel actio). Die Bildungsgeschichte der bonae fidei iudicia hängt wahrscheinlicher Weise mit der Ausbildung der Rechtsdoctrin zusammen[24]); auch wird ausdrücklich bezeugt, daß zur Zeit der freien Republik ausgezeichnete Juristen sich mit der Erörterung des Begriffes bona fides sehr genau beschäftigt haben[25]). Die Lehre von den bonae fidei iudicia ist nicht ohne Einfluß auf die Ausbildung des römischen Rechtes gewesen. Denn zweifelsohne verdanken ihr die Contracte, welche nach der bona fides beurtheilt werden, feste Regeln; auch schreibt sich die Lehre vom dolus und der culpa aus den bonae

---

16) L. 6. §. 4. D. de negotiis gestis. (3. 5.)
17) L. 12. §. 11. D. mandati. (17. 1.)
18) L. 31. §. 1. D. 16. 3.
19) L. 45. §. 1. D. 19. 2.
20) Cic. de officiis III. 15. Et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. III. 17. Summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona. Topic. 17. In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum. Val. Maxim. VIII. 2. §. 1. Arbitrum Claudio addixit: quicquid sibi dare facere oportet ex fide bona. Der Ausdruck bonae fidei iudicium findet sich in vielen Stellen, z. B. in L. 5. pr. D. 12. 3. L. 38. pr. D. 17. 2. L. 7. pr. D. 13. 4. L. 3. §. 2. D. 13. 6. L. 3. §. 1. D. 22. 1. L. 6. D. 14. 5. L. 31. §. 20. D. 21. 1. L. 84. §. 5. D. 30. Omnia bona fide iudicia steht in L. 8. §. 1. D. de fideiussoribus tutorum. (27. 7.) Iudicium, quod ex bona fide descendit steht in L. 57. §. 3. D. 18. 1.
21) L. 57. §. 3. D. de contrahenda emt. (18. 1.)
22) Cic. de off. III. 17. L. 1. §. 1. D. 19. 1. L. 11. §. 1. D. ibid.
23) Caius inst. III. §. 137. §. 3. J. de obligationibus ex consensu. (3. 23.) §. 30. J. de actionibus. (4. 6.) L. 5. pr. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 11. §. 1. D. 19. 1.
24) Cic. de off. III. 15. u. 17.
25) Cic. de off. III. 17.

fidei iudicia her[26]); Verzugszinsen kamen nur in den bona fidei iudicia vor[27]); auch das in litem iusiurandum gehört in die Lehre von den bonae fidei iudicia[28]) u. s. w.

2) Bonae fidei contractus[29]) heißen solche Contracte, welche nach den Grundsätzen der bona fides beurtheilt werden[30]). Der Name hängt jedenfalls mit dem Klagensysteme der Römer zusammen[31]); daher kommt es wohl, daß in den Titeln der Pandecten, welche von solchen Contracten sprechen, jedesmal die Grundsätze der bona fides in Bezug auf den vorliegenden Contract erörtert werden[32]). Zu den bonae fidei contractus gehören erweislich folgende Verträge: Kauf, Miethe, Depositum, Pfandvertrag, Commodatum, Gesellschaftscontract, Bevollmächtigungsvertrag, Trödelcontract, Tausch[33]) und die alte fiducia[34]). Die Grundsätze, nach welchen solche Verträge beurtheilt wurden, scheinen sich durch die Gerichtspraxis, welche durch die Doctrin unterstützt wurde, ausgebildet zu haben. Darauf deutet die Aeußerung des Cicero, welcher die aus solchen Contracten entstehenden Klagen geradezu arbitria nennnt[35]), und andere Zeugnisse, welche den bonae fidei iudicia im Einzelnen denselben Namen beilegen[36]). Weiter als der erörterte Begriff ist der Kunstausdruck negotia, quae bona fide

---

26) L. 68. pr. D. de contrahenda emtione. (18. 1.) L. 45. D. pro socio. (17. 2.) Vgl. Löhr von der Culpa S. 136.

27) L. 32. §. 2. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) L. 22. D. de donationibus. (39. 5.) L. 13. C. de usuris. (4. 32.) L. 24. D. depositi. (16. 3.) L. 54. pr. D. 19. 2. L. 2. C. depositi. (4. 34.)

28) L. 4. §. 2. D. 12. 3. L. 5. pr. D. ibid.

29) L. 36. D. de peculio. (15. 1.) L. 32. §. 2. D. de usuris. (22. 1.) L. 22. D. de donationibus. (39. 5.) L. 108. §. 12. D. de legatis I. (30.) L. 11. §. 18. D. 19. 1.

30) Pauli S. R. II. 17. §. 14. In eo contractu, qui ex fide bona descendit. L. 31. pr. D. 16. 3. L. 3. D. 17. 2. L. 4. C. de obligationibus et actionibus. (4. 10.)

31) L. 7. §. 6. D. de pactis. (2. 14.) Emtione caeterisque bonae fidei iudiciis. Ibid. §. 5. Post emtionem — quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. L. 1. §. 1. D. 19. 1.

32) L. 12. §. 12. D. mandati. (17. 1.) L. 24. pr. D. locati. (19. 2.) L. 13. pr. D. communia praediorum. (8. 4.) L. 21. D. 19. 2. L. 51. pr. D. de aedilitio edicto. (21. 1.) L. 2. §. 13. D. de administratione rerum ad civitates pertinentium. (50. 8.) L. 58. D. de pactis. (2. 14.) L. 11. §. 1. D. de rescindenda venditione. (18. 5.)

33) Cic. de off. III. 15. u. 17. Topic. cap. 17. Caius inst. IV. §. 62. §. 28. J. de actionibus. (4. 6.)

34) Cic. de off. III. 15. u. 17. ad. Div. VII. 12.

35) De off. III. 17.

36) Vom depositum spricht L. 24. D. depositi (16. 3.), vom Kaufe Val. Max. VIII. 2. §. 1, von dem Gesellschaftscontracte Cic. pro Roscio Comoedo c. 4 u. 9, pro Quinctio c. 3. L. 38. pr. D. 17. 2., vom Bevollmächtigungsvertrage Cic. pro Roscio Amerino c. 39, von der Tutela Just. Cod. 5. 51. L. 28. §. 2. D. de appellationibus (49. 1.), von der actio familiae herciscundae spricht L. 47. pr. D. familiae herciscundae (10. 2.) L. 52. §. 2. D. ibid., von der actio communi dividundo L. 47. pr. D. 10. 2. L. 26. D. communi dividundo (10. 3.), von der rei uxoriae actio Cic. Top. 17.

sunt[37]). Vielleicht gehören unter denselben auch diejenigen einseitigen Obligationsgründe, welche eine bonae fidei actio erzeugen, z. B. die Hingabe einer dos, aus welcher die rei uxoriae actio entsteht[38]); die Uebernahme der Vormundschaft, welche die tutelae actio erzeugt[39]); die Führung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Geschäftsherrn, welche die negotiorum gestorum actio erzeugt[40]); die Obligationsverhältnisse, aus welchen die beiden Theilungsklagen, die familiae herciscundae actio[41]) und die communi dividundo[42]) entspringen.

3) Bona fide emtio[43]) heißt der unter solchen Umständen geschlossene Kauf, welche den Käufer berechtigen, anzunehmen, daß er durch den Kauf Eigenthümer der gekauften Sache geworden sei. Dazu gehört: a) daß der Käufer mit fremden Ansprüchen an die Sache unbekannt sei[44]); b) daß er glaube, die Sache, welche er gekauft, gehöre dem Verkäufer eigenthümlich zu[45]); c) daß der Käufer davon nichts wisse, daß dem, welchem er die Sache abkauft, es an der Befugniß, die Sache zu veräußern, fehlt[46]). Ist der Käufer durch die Auctorität des falsus tutor betrogen worden, so hat dieß auf die Redlichkeit des Erwerbes keinen Einfluß[47]). Fragt man, nach welchem Zeitpuncte die bona fides des Erwerbers zu beurtheilen sei, ob nach der Zeit des Abschlusses des Kaufes, oder nach dem Zeitpuncte, wo die gekaufte Sache übergeben worden ist, so entscheiden die römischen Juristen sich für die Ansicht, daß nur der Abschluß des Kaufes zu berücksichtigen sei[48]). Deshalb unterscheiden sie auch das nancisci causam possessionis ausdrücklich vom bona fide emere[49]). Wer unter den gegebenen Umständen eine Sache erworben hat, heißt bona fide emtor[50]). Ueberhaupt kommt die Lehre von der bonae fidei emtio in drei Fällen namentlich zur Sprache: bei der Erwerbung der Früchte aus der gekauften Sache; bei der Verjährung, welche unter dem Titel pro emtore stattfindet; bei der Publiciana in rem actio.

4) Bonae fidei possessio[51]) (auch bona fide pos-

---

37) L. 57. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)
38) L. un. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)
39) Cic. de off. III. 17.
40) §. 28. J. de actionibus. (4. 6.) L. 5. pr. D. 44. 7.
41) L. 9. C. familiae herciscundae. (3. 36.) L. 3. C. communia utriusque iudicii. (3. 38.) §. 28. J. 4. 6.
42) L. 4. §. 2. D. 10. 3. L. 14. §. 1. D. ibid.
43) Bona fide emtor steht in L. 7. §. 17. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.) L. 8. D. pro emtore. (41. 4.)
44) L. 2. §. 13. D. 41. 4. L. 7. §. 4. D. ibid. L. 109. D. de V. S. (50. 19.)
45) L. 27. D. de contrahenda emtione. (18. 1.) L. 8. D. 41. 4.
46) L. 27. D. 18. 1. L. 109. D. 50. 16.
47) L. 13. §. 2. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)
48) L. 2. §. 13. D. 41. 4. L. 7. §. 4. D. ibid. L. 10. pr. D. 41. 3.
49) L. 2. pr. D. 41. 4. L. 7. §. 17. D. 6. 2.
50) L. 7. §. 17. D. 6. 2. L. 8. D. 41. 4.
51) Unter den Schriften, welche diese Lehre namentlich zum Gegenstande

sessio[52])) heißt der Besitz einer körperlichen Sache, welcher in Folge einer rechtmäßigen derivativen Erwerbart herbeigeführt wird, verbunden mit dem Glauben des Besitzers, daß er Eigenthümer der übertragenen Sache geworden, oder dem Nichtwissen desselben, daß ein Anderer Eigenthümer der Sache sei[53]). Diese Ueberzeugung des Besitzers hängt nach römischen Ansichten mit dem Dasein eines auf Thatsachen beruhenden giltigen Rechtsgrundes (iustus titulus) so genau zusammen, daß iusto titulo possessio die bona fides des Besitzers mit einschließt[54]), während umgekehrt bona fide rem possidere den iustus titulus zugleich mit in sich begreift[55]). Mit dieser Grundidee hängen zweifelsohne auch die Regeln zusammen, nach welchen der sogenannte titulus putativus von den Rechtsgelehrten beurtheilt wird. Der Hauptgrundsatz in dieser Lehre ist nämlich der, daß es zur Begründung des redlichen Besitzes eines wirklichen Rechtsgrundes (verus titulus) bedürfe[56]). Die irrige Meinung, welche in dieser Beziehung obwaltet, genügt so wenig, daß es vielmehr ein bekannter Spruch war, man könne eine Sache nicht ersitzen, wenn man glaube, sie gekauft zu haben, während dieses wirklich nicht der Fall ist[57]). Dieser Regel ungeachtet tritt im Falle eines erweislichen Irrthums (probabilis error), wenn derselbe irgend entschuldbar ist (tolerabilis), die Ersitzung den-

---

haben, verdienen folgende eine besondere Erwähnung: Barckhausen (praes. Westphal) diss. de indole bonae fidei in praescriptionibus (Halae 1764) 4. Möllenthiels Inauguralabhandlung über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, besonders nach cap. ult. X. de praescriptionibus, Erlangen 1820. 8. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre §. 91—124. Th. 1. S. 312—442. Tigerström, die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes, Berlin 1836.

52) So steht bona fidei possessor in L. 9. §. 2. D. de acquirendo rerum dominio. (41. 1.) L. 18. pr. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 11. u. 13. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) Die Redeform bonae fidei possessor ist indeß die gewöhnlichere. L. 12. D. 9. 4.

53) L. 15. §. 2. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41.3.) Daher ist bei der bona fides oft vom putare, existimare die Rede und wiederum von einem ignorare, L. 27. D. 18. 1. L. 44. pr. D. 41. 3. L. 109. D. 50. 16. L. 11. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44.3.) Bloßen Zweifel am Eigenthumsrechte des Vorgängers rechnen die römischen Juristen noch nicht zur mala fides, doch leugnen sie in diesem Falle die Statthaftigkeit der Usucapion. L. 32 §. 1. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 6. §. 1. D. 41. 4. Vgl. L. 76. D. de diversis regulis iuris. (50. 17.)

54) L. un. C. de usucapione transformanda. (7. 31.)

55) §. 1. u. 2. J. de usucapionibus. (2. 6.) Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 328—329. Ueber eine scheinbare Ausnahme bei der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung, welche indeß im römischen Rechte nicht begründet ist, siehe L. 8. §. 1. C. de praescriptione XXX. vel. XL. annorum (7. 39.) und Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 365.

56) L. 5. C. de praescriptione longi temporis. (7. 33.) L. 4. C. 7. 29. L. 4. C. de usucap. pro herede. (7. 29.) L. 24. C. de rei vindicatione. (3. 32.)

57) L. 11. D. pro emtore. (41. 4.) Vgl. L. 6. D. pro derelicto. (41. 7.) L. 27. D. de usurpationibus. (41. 3.) Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 363.

noch ein. Neratius[58]) spricht diesen Satz ganz allgemein aus und macht davon eine Anwendung auf den Kauf, in welcher Beziehung dieß auch Africanus[59]) thut. Dabei versteht es sich von selbst, daß derjenige, welcher seinen Besitz durch Berufung auf einen entschuldbaren Irrthum, der ihn zum Glauben an einen vorhandenen Rechtsgrund veranlaßt habe, als einen redlichen Besitz darstellen will, den Beweis der Thatsachen führen muß, die den Irrthum herbeigeführt haben[60]). Der Grundsatz, daß die bona fides mit dem iustus titulus unzertrennlich verbunden sein müsse, gilt aber nicht allein in Bezug auf die Usucapion, sondern auch in Bezug auf die übrigen Wirkungen der bonae fidei possessio. Bei der Berechtigung des Besitzers zur Publiciana versteht er sich von selbst, da sie auf der Fiction beruht, daß die Usucapion der besessenen Sache bereits vollendet sei[61]), und es wird dieß zum Ueberflusse durch Zeugnisse der Pandectenjuristen bestätigt[62]). Endlich für die Berechtigung des bonae fidei possessor, die aus der Sache erzeugten Früchte zu ziehen und für sich zu behalten, scheint ein Gleiches schon deshalb angenommen werden zu müssen, weil die bona fides des Besitzers vom Anfangspuncte des Besitzes an verlangt wird[63]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich ein entscheidender Grund für die Behauptung der meisten Rechtsgelehrten, daß die bona fides vom Besitzer der Sache nicht erwiesen zu werden brauche, sondern präsumirt werde. Denn wenn es wahr ist, daß der Besitzer der Sache den iustus titulus zu erweisen hat und die bona fides ein wesentlicher Bestandtheil des letzteren ist, so folgt daraus, daß im Beweise des titulus auch der der bona fides in der Regel mit enthalten sei. Für diese Meinung spricht außer der Analogie des dolus malus[64]), mit welchem die mala fides sehr viel Aehnlichkeit hat[65]), auch eine Stelle des Justinianischen Codex, in welcher ein strenger Beweis der mala fides verlangt wird[66]). Ganz verschieden von der bonae fidei possessio ist das in bonis esse, welches das sogenannte bonitarische Eigenthum bezeichnet[67]). — Die Wir-

---

58) L. 5. pr. u. §. 1. D. pro suo. (41. 10.)
59) L. 11. D. pro emtore. (41. 4.)
60) Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 364.
61) Caius inst. IV. §. 36. §. 4. J. de actionibus. (4. 6.) ibique Theoph. tom. II. ed. Reitz p. 792. Anwendungen davon in L. 7. §. 2. L. 9. §. 5. L. 12. §. 14. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)
62) L. 7. §. 14. D. 6. 2. L. 7. §. 17. D. ibid.
63) L. 25. §. 2. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) L. 23. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio. (41. 4.)
64) L. 18. §. 1. D. de probationibus et praesumtionibus. (22. 3.) L. 6. C. de dolo malo. (2. 21.)
65) L. 5. §. 4. D. de auctoritate et consensu. (26. 8.) L. 1. C. de rescindenda venditione. (4. 44.) L. 1. C. de longi temporis praescriptione. (7. 22.)
66) L. 30. C. de evictionibus. (8. 45.) Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 499.
67) Ulp. Fr. tit. XIX. §. 20 u. 21. Vgl. Savigny, das Recht des Besitzes (Ausg. 6.) S. 116. Note 1.

kungen der bonae fidei possessio lassen sich auf folgende Puncte zurückführen: 1) Die Usucapion. Das Recht, die besessene Sache zu ersitzen, wird von den Pandectenjuristen als die vorzüglichste und wichtigste Wirkung der bonae fidei possessio bezeichnet[68]). Im älteren Rechte der Römer konnte zwar auch in manchen Fällen der Besitzer einer Sache im bösen Glauben dieselbe usucapiren. Dieß fand bei der pro herede usucapio[69]) und bei der usureceptio fiduciae causa und ex praediatura statt[70]). Die erstere ist indeß durch ein Senatusconsult unter Kaiser Hadrian in den meisten Fällen für wirkungslos erklärt worden; die usureceptio aber wird noch von Cajus als geltendes Recht vorgetragen. Für das Justinianische Recht steht der Grundsatz unerschütterlich fest, daß kein Eigenthum durch Verjährung ohne bona fides des Besitzers der Sache erworben werden könne[71]). Bei der Beurtheilung der bona fides sehen die römischen Rechtsgelehrten auf den Anfangspunct des Besitzerwerbes[72]). Die Folgezeit kommt gar nicht in Betrachtung. Die neueren Rechtsgelehrten drücken dieß durch die Regel aus: mala fides superveniens non nocet. Indessen kommt nach den Satzungen des canonischen Rechtes[73]), welches die mala fides des Besitzers für eine Sünde erklärt, der ganze Zeitraum der Besitzdauer in Betreff der bona fides des Besitzers in Betrachtung, so daß, wenn dieselbe zu irgend einem Zeitpuncte der Verjährungsfrist erweislich aufgehört hat, von einer Ersitzung nicht mehr die Rede sein kann. Falls der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird, kommt bei der Beurtheilung der bona fides gar nichts auf die Person dessen an, der den Besitz als Stellvertreter erwirbt, sondern vielmehr nur auf den, für welchen der Besitz erworben wird. Daher kann er die Sache auch erst von der Zeit an verjähren, wo er Nachricht von dem Besitze erhalten hat[74]). Nur bei Kindern, welche in der elterlichen Gewalt befindlich sind, und Sclaven gilt eine Ausnahme von dieser Regel. Denn Alles, was diese ex causa peculii zu besitzen anfangen, erwerben sie denen, in deren Gewalt sie stehen, auch ohne deren Vorwis-

---

68) L. 12. §. 8. D. de captivis et postliminio. (49. 15.)

69) Caius inst. II. §. 52.

70) Caius l. c. II. §. 60 u. 61.

71) Pr. J. de usucapionibus. (2.6.) Für die longi temporis praescriptio vgl. L. 11. D. de diversis temp. praescript. (44. 3.) L. 2. C. de praescriptione longi temporis. (7. 33.) L. 6. u. 9. C. ibid. L. 1. C. in quibus caussis cessat longi temporis praescriptio. (7. 34.), für die praescriptio XXX. vel XL. annorum vgl. L. 8. §. 1. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.)

72) L. 48. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio. (41. 1.) L. 4. §. 18. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 2. §. 13. D. pro emtore. (41. 4.) L. 43. pr. D. 41. 3. L. un. C. de usucapione transformanda. (7. 31.)

73) Cap. 5. X. de praescriptionibus. (2. 26.) Cap. 20. ibidem. Im Decrete wird noch das rein römische Princip festgehalten. C. 15. causa 16. u. 4. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 1. S. 337—339.

74) L. 49. §. 2. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 2.)

sen durch Verjährung[75]); ein Grundsatz, welcher sogar auf den Fall ausgedehnt wird, wenn der betreffende Gewalthaber in der feindlichen Gefangenschaft sich befindet[76]). Kommt der Besitz von der einen Hand in die andere, so entsteht dadurch ein neuer Besitz, dessen Redlichkeit nach dem Anfangspuncte der Erwerbung zu beurtheilen ist[77]). Dieses leidet dann eine Ausnahme, wenn der, auf welchen der Besitz übergeht, die Persönlichkeit des früheren Besitzers in Folge einer rechtlichen Erdichtung (fictio) fortsetzt; denn hier wird es so angesehen, als ob gar kein neuer Besitz begründet würde[78]). 2) Das Recht auf die publicianische Klage. Diese Berechtigung ist später als das Recht der Usucapion entstanden und schreibt sich, sowie die publicianische Klage überhaupt, aus dem prätorischen Edicte her (s. den Art. actio Publiciana). Diese Klage beruht auf der juristischen Fiction, daß der, welcher iusta ex causa den Besitz der Sache erworben und denselben, bevor er dieselbe verjährt, verloren hat, das Eigenthum derselben durch Ersitzung erworben habe[79]), und diese Fiction wurde in die Klagformel aufgenommen, welche nach dem Zeugnisse des Cajus von quiritarischem Eigenthume sprach[80]). Daraus ergibt sich jedenfalls soviel als gewiß, daß diese Klage nicht allein für die Besitzer im guten Glauben anwendbar ist, sondern sich auch auf diejenigen bezieht, welche an der Sache bonitarisches Eigenthum haben; denn auch diesen war es gestattet, durch Usucapion quiritarisches Eigenthum an Sachen zu erwerben[81]). Welche von diesen beiden Beziehungen die ursprüngliche gewesen, können wir nach den in den Pandectenfragmenten erhaltenen Worten des prätorischen Edictes[82]), falls dieselben nicht erst

---

75) L. 7. §. 8. D. pro emtore. (41. 4.) L. 47. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 31. §. 3. D. ibid. L. 8. pr. D. ibid. L. 2. §. 10—14. D. 41. 4.

76) L. 22. §. 3. D. de captivis. (49. 15.) L. 29. D. ibid. L. 44. §. 7. D. de usurpationibus. (41. 3.)

77) L. 5. pr. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 38. D. 41. 3.

78) L. 11. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 2. §. 19. D. 41. 4. L. 43. pr. D. ibid. §. 12. J. de usucapionibus. (2. 6.) L. 4. §. 15. D. de usurpationibus. (41. 3.) L. 3. C. communia de usucapionibus. (7. 30.)

79) Caius inst. IV. §. 36. §. 3 u. 4. J. de actionibus. (4.6.) Theophili paraphr. ad h. l. tom. II. p. 791.

80) Caius inst. IV. §. 36. Eiusdem generis est, quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque omissa possessione petit. Nam, quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: I. E. Si quem hominem A. A. emit, ei traditus est, anno possedisset, tum, si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret etc.

81) Caius inst. II. 41. 204. III. 80. Anderer Meinung ist Mayer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny Th. VIII. S. 21—25.

82) L. 1. pr. D. de Public. act. (6. 2.) Ait praetor: si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usu-

späteren Zeiten angehören und nichts weggelassen worden ist, was auf das zu Justinian's Zeiten unpractische in bonis gedeutet werden mußte, nur dahin entscheiden, daß der Schutz des bonae fidei possessor von dem Prätor, welcher die Klage eingeführt, hauptsächlich berücksichtigt worden. In den Justinianischen Rechtsquellen, welche das bonitarische Eigenthum nicht mehr berühren, erscheint diese Beziehung der Publiciana actio als die einzige und es sind somit auch die Worte ex iure Quiritium aus der Klagformel weggelassen worden. 3) Der Fruchterwerb [83]). Jeder bonae fidei possessor erwirbt nach den Ansichten der Glossatoren, welche neuerdings wiederum von Backe vertheidigt worden sind, das Eigenthum der Früchte [84]) der Sache, die er in gutem Glauben besitzt, durch die Perception [85]). Dabei ist es völlig gleichgiltig, ob der Besitzer im Stande ist, die von ihm besessene Sache zu verjähren oder nicht [86]). Auch erstreckt sich diese Berechtigung des Besitzers nicht allein auf diejenigen Früchte, welche derselbe durch Aufwendung eignen Fleißes und eigner Sorgfalt aus der von ihm besessenen Sache hervorgebracht hat, sondern auf alle [87]). Der Grund, aus welchem man dem bonae fidei possessor die Früchte der Sache zuwieß, wird ausdrücklich in die von ihm auf die Erhaltung der Hauptsache und die Erzeugung der Früchte aufgewendete Sorgfalt gesetzt [88]) und mit dem ius gentium in Verbindung gebracht. Jedenfalls ist diese Lehre auf dem Wege der Doctrin [89]) ausgebildet worden und wahrscheinlich haben dazu die Untersu-

---

captum petet, iudicium dabo. L. 7. §. 11. D. ibid. Praetor ait: qui bona fide. Siehe Mayer a. a. O. Th. 8. S. 21—25.

83) Ueber den Fruchterwerb des bonae fidei possessor vgl. Backe diss. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat ex iure civili. Berolini 1825. und die sehr guten Bemerkungen von Huschke in der Recension dieser Schrift. Vgl. Tübinger kritische Zeitschrift Bd. II. S. 193 flg.

84) Hauptstellen sind L. 48. D. adquirendo rerum dominio. (41. 1.) L. 4. §. 19. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.) L. 25. §. 1 u. 2. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) §. 35. J. de rerum divisione. (2. 1.) Unbedeutender sind L. 13. in fin. D. quibus modis usus et usufructus amittatur. (7. 4.) L. 28. pr. D. 22. 1. L. 45. D. ibid. L. 40. D. 41. 1. Vgl. Backe l. c. p. 15—51, 188—209.

85) Das Moment der Perception wird in folgenden Fällen hervorgehoben §. 35. J. 2. 1. L. 45. D. 22. 1. L. 25. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 48. pr. D. 41. 1. An anderen Stellen ist von der separatio die Rede: L. 13. D. 7. 4. L. 25. §. 1. D. 22. 1. L. 48. D. 41. 1. Diesen scheinbaren Widerspruch löst Backe l. c. p. 141 u. 142. durch die Bemerkung, daß das in dem Worte percipere angedeutete Factum auf die Besitzergreifung der Früchte von Seiten des Besitzers im guten Glauben gedeutet werden müsse.

86) L. 48. pr. u. §. 2. D. 41. 1. L. 4. §. 19. D. 41. 3. L. 48. §. 6. D. de furtis. (47. 2.) Ganz allgemein von jedem bonae f. possessor spricht auch §. 35. J. 2. 1. Vgl. Backe l. c. p. 142—148.

87) L. 48. §. 6. D. 47. 2. L. 28. pr. D. 22. 1. L. 48. §. 2. D. 41. 1. L. 4. §. 19. D. 41. 3. Anderer Meinung ist Pomponius in L. 45. D. 22. 1.

88) §. 35. J. II. 1.

89) Placuit in §. 35. J. 2. 1. L. 48. pr. D. 41. 1.

chungen der römischen Juristen über die Restitution der Früchte bei der Eigenthumsklage Veranlassung gegeben. Daher kommt es wohl, daß der Fruchterwerb des Besitzers in den römischen Rechtsquellen fast immer mit dem Eigenthumsprozesse in Verbindung gebracht wird [90]). Fragt man, welches Eigenthum der Besitzer im guten Glauben an den Früchten der Sache erwirbt, so scheint vom Standpuncte des vorjustinianischen Rechtes aus geantwortet werden zu müssen, daß er das volle Eigenthum, das plenum ius Quiritium, an denselben erworben habe. Dafür spricht eine Stelle des Paulus [91]), welche die Möglichkeit der Usucapion für den vorliegenden Fall aus dem Grunde in Abrede stellt, weil die Früchte sofort in's Eigenthum des Besitzers kommen. Ein solches Argument wäre aber in den Zeiten des Paulus deßhalb unpassend gewesen, weil ja die Usucapion damals auch bei dem bonitarischen Eigenthume zugelassen wurde und überdieß stets volles Eigenthum gibt [92]). Auch spricht für die hier angenommene Meinung ein Zeugniß des Cajus [93]), welches für diese Erwerbungsart solche Ausdrücke braucht, die anderwärts von demselben Schriftsteller auf die Concurrenz des bonitarischen und quiritarischen Eigenthumes in einer Person bezogen werden [94]). Für den Standpunct des justinianischen Rechtes ist die eben aufgeworfene Frage ohne Interesse, da dasselbe das getheilte Eigenthum nicht mehr anerkennt, und es müssen mithin die oben angeführten Stellen auf das einfache Eigenthum bezogen werden, woraus sich auch die Stellung unserer Lehre in den Justinianischen Institutionen hinlänglich erklärt. Von der hier angenommenen Theorie weicht Savigny [95]) insofern ob, als er das Recht des Besitzers im guten Glauben an den Früchten der von ihm besessenen Sache nicht, wie gewöhnlich, als eine Belohnung der bona fides betrachtet, sondern dasselbe aus den allgemeinen Regeln des Besitzes auf folgende Art zu erklären sucht. Für diesen Besitzer gelte dieselbe Accession, wie für den wahren Eigenthümer; durch Absonderung der Frucht entstehe ein neues Recht des Besitzers, und es fange für die abgesonderten Früchte eine neue bonae fidei possessio an, wenn schon keine neue iusta usucapionis causa erfordert werde. Mithin fange von der Absonderung mit der neuen bonae fidei possessio auch eine neue Usucapion an, und zwar immer eine dreijährige, weil jede Frucht beweglich sei. Fragt man, nach welchem Zeitpuncte man die bona fides des Besitzers zu beurtheilen habe,

---

90) §. 35. J. 2. 1. L. 22. C. de rei vindicatione. (3. 32.) — Dahin gehören auch L. 17. C. 3. 32. §. 2. J. de officio iudicis. (4. 17.) L. 1. §. 2. D. de pignoribus et hypothecis. (20. 1.) L. 4. §. 2. D. finium regundorum (10. 1.) vgl. mit L. 1. ibid.

91) L. 4. §. 9. D. 41. 3.

92) Caius inst. II. 41. IV. 36.

93) L. 28. pr. D. 22. 1. Vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii.

94) Caius inst. II. 41. III. 80. Vgl. Backe l. c. p. 35—41.

95) Das Recht des Besitzes (6. Ausg.) S. 315—318.

so entscheidet sich Julianus[96]) in der speciellen Beantwortung dieser Frage dafür, daß ihm diese Berechtigung zustehe, so lange das Grundstück nicht evincirt werde, während Africanus[97]), Paulus[98]) und Ulpianus[99]) das Dasein der bona fides für die ganze Dauer des Besitzes fordern und gerade darin eine Abweichung von den Grundsätzen, welche bei der Usucapion gelten, erblicken. Es scheint, als ob die Meinung der jüngeren Juristen der der älteren vorgezogen werden müsse. Als eine Folgerung des hier erörterten Eigenthumsrechtes des bonae fidei possessor wird es in den römischen Rechtsquellen dargestellt, daß er bei der Eigenthumsklage die aufgezehrten Früchte der Sache nicht herauszugeben braucht[100]). 4) Der Erwerb durch Sclaven. Es ist eine alte Regel des Civilrechtes, daß jeder Mensch, den wir im guten Glauben besitzen, ohne Unterschied, ob er frei oder ein fremder Sclave ist, uns nur aus zwei Gründen erwerben kann, nämlich ex re nostra und ex operis suis[101]). Außer diesen Gründen erwirbt er entweder nur für sich, wenn er frei ist, oder seinem Herrn, in dessen Gewalt er steht. Ex re mea geht auf jeden Erwerb, welcher in Bezug auf die Persönlichkeit und das eigne Vermögen des Besitzers vom Sclaven oder Freien gemacht wird[102]). Unter dem Erwerb ex operis suis ist jedenfalls Alles das zu verstehen, was die fragliche Person durch ihre Dienstleistungen oder durch Bezahlung derselben von Anderen erwirbt[103]). Von diesen beiden Erwerbsgründen war der ex re bonae fidei possessoris jedenfalls zuerst dem Besitzer im guten Glauben zugewiesen worden; denn der andere wird als Nebengrund in den römischen Rechtsquellen bezeichnet

---

96) L. 25. §. 2. D. 22. 1. Vgl. Backe l. c. p. 148—151.
97) L. 40. D. 41. 1.
98) L. 48. §. 1. D. ibid.
99) L. 23. §. 1. D. ibid.
100) §. 35. J. 2. 1.
101) Am Deutlichsten Caius inst. II. §. 91, 92. III. §. 164, 165. Ulp. Fr. 19. §. 21. Auch in den Justinianischen Rechtsbüchern ist die Regel ganz allgemein anerkannt. §. 4. J. per quas personas cuique. (2. 9.) §. 1. J. per quas personas nobis obligatio. (2. 9.) In den Justinianischen Pandecten sprechen darüber folgende Stellen: L. 21. pr. D. de acquirendo rerum dominio. (41. 1.) L. 23. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 19. D. ibid. L. 40. D. ibid. L. 10. §. 4. D. ibid. L. 25. §. 2. D. de usuris. (22. 1.) L. 1. §. 6. D. de acquirenda vel omittenda poss. (41. 2.) L. 7. §. 8. D. pro emtore. (41. 4.) L. 20. pr. D. de stipulationibus servorum. (45. 3.) Aus dem Codex gehört hierher L. 1. pr. C. de rei vindicatione. (3. 32.)
102) L. 21. pr. D. 41. 1. L. 49. D. ibid. L. 63. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 11. pr. D. de acceptilatione. (46. 4.) L. 45. §. 4. D. de acquir. hered. (29. 2.) L. 32. D. de liberali causa. (42. 12.) Entscheidend ist besonders L. 21. 22. 25. u. 31. D. de usufructu et quemadmodum. (7. 1.) Diese Stellen, welche nur die Verhältnisse des Erwerbes durch den fructuarius servus berühren, sind für den vorliegenden Fall schon deßhalb als beweisend zu erachten, weil der Nutznießer von Sclaven in Bezug auf deren Erwerb gerade die nämlichen Berechtigungen genießt, wie der bonae fidei possessor.
103) L. 23. pr. D. 41. 1. L. 23. §. 1. D. 7. 1. L. 26. pr. D. ibid.

und nach dem zuerst genannten beurtheilt[104]). In Bezug auf diese Erwerbsgründe ist es ganz gleichgiltig, aus welcher Gattung von Geschäften der Erwerb herrührt[105]) und was überhaupt erworben wird[106]). Falls mehrere Besitzer im guten Glauben vorhanden sind, so erwirbt die fragliche Person in der Regel Beiden[107]); im Fall indeß der Erwerb nur ex re des Einen geschieht, so erwirbt sie nur diesem allein vollständig, dem Anderen aber gar nicht[108]). Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn der Name des einen der Besitzer im Vertrage genannt, oder der Vertrag auf seinen Befehl vom Sclaven abschlossen worden ist[109]). Der Erwerb des bonae fidei possessor durch den von ihm besessenen Freien oder fremden Sclaven wird in den römischen Rechtsquellen mit dem Rechte desselben auf die Früchte des Grundstücks häufig zusammengestellt und verglichen[110]), und dieß ist wohl auch der Grund von der Annahme, daß man das Dasein der bona fides für die Dauer der Besitzzeit auch für den vorliegenden Fall verlangte[111]), wenn schon die bloße Litiscontestation den Erwerb keineswegs hinderte[112]). Wahrscheinlicher Weise betrachtete man schon zeitig den Erwerb des Sclaven ex re fructuarii und ex operis suis als identisch mit dem Fruchtgenusse desselben[113]) und trug mithin die Grundsätze, welche von dem einen Rechtsverhältnisse gelten, auch auf die des anderen mit über. Heimbach.

Bona recepticia heißen in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten solche Güter der Ehefrau, welche sie sich von ihrem Vermögen bei der Bestellung der dos ausdrücklich vorbehalten hat. Der Ausdruck bona recepticia ist den römischen Rechtsquellen fremd und

---

104) L. 23. pr. D. 41. 1.

105) Von Verträgen spricht L. 23. pr. D. 7. 1.; von Stipulationen L. 7. §. 6. D. 7. 1. L. 20. pr. D. 41. 1.; von der Zuwendung einer Erbschaft L. 19. D. 41. 1. L. 21. D. 7. 1.; von Legaten und Schenkungen auf den Todesfall L. 21. u. 22. D. 7. 1. Vgl. L. 25. §. 7. D. 7. 1.

106) Vom Besitz spricht §. 4. J. 2. 9.; vom Eigenthume L. 1. pr. C. 3. 32.; von Obligationen §. 1. J. 2. 29. L. 1. pr. C. 3. 32.; von Exceptionen L. 23. pr. D. 7. 1.

107) L. 23. §. 3. D. 41. 1.

108) L. 23. §. 3. D. 41. 1. L. 25. §. 6. D. 7. 1. Ganz verschieden sind die Grundsätze, welche im Fall des Miteigenthums gelten. Caius inst. III. §. 167. §. 3. J. 3. 29. L. 45. D. 41. 1. L. 23. §. 3. D. ibid. L. 7. §. 1. D. de stipulationibus servorum. (45. 3.) L. 8. u. 9. D. ibid. L. 28. §. 1 u. 3. D. ibid.; ebenso im Falle des getheilten Eigenthums, Caius inst. II. §. 88. III. §. 166. Ulp. Fr. XIX. 20. Vgl. Backe l. c. p. 185. Tigerström a. a. O. S. 79 flg.

109) L. 25. §. 6. D. 7. 1. L. 28. §. 3. D. 45. 3. L. 7. §. 1. D. ibid. War ein Nichteigenthümer in der Stipulation genannt, so konnten dadurch die gewöhnlichen Regeln des Erwerbes nicht geändert werden. Caius inst. III. §. 166. L. 25. §. 3. D. 7. 1. L. 14. D. 45. 3.

110) L. 25. §. 2. D. 22. 1. L. 40. D. 41. 1.

111) L. 23. §. 1. D. 41. 1. L. 40. D. ibid.

112) L. 25. §. 2. D. 22. 1.

113) Caius inst. II. §. 91. Ulp. Fr. XIX. 21. L. 10. §. 4. D. 41. 1. §. 4. J. 2. 9. Vgl. Tigerström a. a. O. S. 79.

wird auch nicht durch die Analogie des bei Gellius erwähnten servus recepticius unterstützt[1]), mit welchem Kunstausdrucke nach diesem Schriftsteller Cato der Aeltere einen der Frau eigenthümlichen Sclaven, den sie sich bei der Bestellung des Heurathsgutes ausdrücklich vorbehalten hat, bezeichnet haben soll. Gellius erklärt das recipere durch excipere und deutet auf die Analogie des Kaufes hin, bei welchem ein Vorbehalt ähnlicher Art mit recipere bezeichnet wird. Streitig ist es unter den neueren Rechtsgelehrten, ob die bona recepticia bei der strengen oder bei der freien Ehe vorgekommen sind. Für jene Meinung entscheidet sich Schilling[2]), weil nur bei der strengen Ehe ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt denkbar sei. Für diese Meinung entscheiden sich von Löhr[3]), Glück[4]), Schweppe[5]) und Zimmern[6]), der Erstere namentlich deshalb, weil die Ehefrau in der strengen Ehe nichts Eigenes hatte, da sie in der manus ihres Ehemannes stand und das, was ihr vorher gehört hatte, diesem durch die in manum conventio als dos zufiel[7]). Von denen, welche dieser Meinung zugethan sind, gehen Einige noch weiter, indem sie die Identität der bona recepticia und parapherna annehmen und behaupten, daß jenes der lateinische Ausdruck für das griechische Wort παραφέρνα gewesen sei[7a]). Dieser Meinung steht indeß der Umstand entgegen, daß der Ausdruck bona recepticia unlateinisch ist. Schon Gellius spricht vom servus recepticius in der vergangenen Zeit, und selbst ein alter Erklärer der dunkeln Worte des Cato wußte den Begriff nicht gehörig zu erklären; selbst Gellius, welcher denselben auf abweichende Weise bestimmt, stützt sich nur auf das Wort recipit in der Rede des Cato und den Zusammenhang desselben mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden. Es scheint mithin nicht seine Absicht gewesen zu sein, ein wirkliches juristisches Institut der Römer zu erläutern, sondern nur zu erklären, wie und in welcher Beziehung Cato von einem servus recepticius habe sprechen können. Und dieser Umstand ist es namentlich, welcher der Annahme entgegensteht, daß die bona recepticia bei der strengen Ehe Aehnlichkeit mit den Peculien der Hauskinder gehabt haben[8]). — In einer noch anderen Beziehung wird der Ausdruck bona recepticia (Receptizien) im sächsischen Rechte gebraucht[9]). Man versteht darunter den Inbegriff der Vermögens-

---

1) Gell. Noct. Att. 17. 6.
2) Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 172 flg.
3) Im Magazin für Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung, Bd. 3. S. 525 flg.
4) Erläuterung der Pandecten Th. 24. S. 428. u. Th. 25. S. 228.
5) Römische Rechtsgeschichte §. 402. herausg. von Gründler S. 706.
6) Geschichte des römischen Privatrechtes Th. 1. S. 573.
7) Cic. Top. 4. Vgl. Zimmern a. a. O. Th. 1. S. 573.
7a) Glück a. a. O. Th. 25. S. 228. Schweppe a. a. O. S. 706. Vgl. dagegen die Bemerkungen von Hasse, Güterrechte der Ehegatten nach röm. Rechte, §. 130. Th. 1. S. 448—452.
8) Vgl. Schilling a. a. O. S. 173.
9) Vgl. Gottschalk disceptationes forenses tom. I. c. 6. p. 59—72. und Haubold, Lehrbuch des königl. sächsischen Privatrechtes §. 74. herausg. von Günther, S. 68—70.

stücke einer Ehefrau, von deren Verwaltung der Ehemann auf die Dauer der Ehe ausgeschlossen ist. Heimbach.

Bonorum distractio [1]) bezeichnet in der Kunstsprache der römischen Juristen die Versilberung aller einzelnen zur Vermögensmasse des Gemeinschuldners gehörigen Stücke durch den curator bonorum[2]). Sie unterscheidet sich von der bonorum venditio, dem gewöhnlichen Concursverfahren der Römer, dadurch, daß in derselben die Vermögensstücke einzeln verkauft werden, während in der bonorum venditio die ganze Vermögensmasse des Gemeinschuldners zusammen verkauft wird und auf den bonorum emtor durch Universalsuccession übergeht. Ganz eigenthümlich ist der distractio die Bestellung des curator durch den Prätor[3]). Er heißt curator bonorum, manchmal schlechthin curator[4]), und es wird von ihm ausdrücklich gesagt, daß er zur Versilberung der Vermögensmasse im Einzelnen bestellt werde[5]). In den älteren Zeiten, als das Concursverfahren in der Form der bonorum venditio abgesetzt wurde, kam ausnahmsweise, wenn nicht sofort zum Güterverkaufe geschritten werden kann, manchmal ein Curator vor. Dahin gehört der Fall, wenn der Erbe lange deliberirt, ob er antreten will oder nicht[6]); wenn der Schuldner in feindliche Gefangenschaft geräth[7]); wenn der Pupill nach der epistola D. Severi et Antonini in das Vermögen des Vormundes immittirt wird, welcher, um nicht Alimente zu geben, sich unscheinbar gemacht hat[8]); wenn der Erbe die Suspensivbedingung, unter der er zur Erbschaft berufen ist, nicht zu erfüllen im Stande ist[9]); wenn der Curator eines Wahnsinnigen oder erklärten Verschwenders denselben im Gerichte nicht vertritt[10]). In den meisten dieser Fälle ist es dem Cura-

---

1) Die Literatur dieses Artikels ist: C. Fr. Günther ad L. 12 u. 27. D. pro socio. (Lipsiae 1823.) Stieber de bonorum emtione apud veteres Romanos pars I. (Lipsiae 1827.) Zimmern, der römische Civilprozeß bis auf Justinian, §. 81. S. 255—257. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Th. 1. S. 340—343.

2) L) 23. §. 5. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) L. 4. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) L. 9. D. de curatoribus furioso dandis. (27. 10.) L. 5. D. ibid. L. 6. §. 2. D. quibus ex causis in possessionem eatur. (42. 4.) Auch kann man zum Beweise die höchstwahrscheinlich interpolirten Pandectenstellen benutzen, wie L. 5. D. 42. 7. L. 21. §. 2. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 1. §. 9. D. de separationibus. (42. 6.) L. 29. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. 7. D. de cessione bonorum. (42. 3.)

3) L. 21. §. 2. D. 4. 6. L. 6. §. 2. D. 42. 4. L. 22. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.) L. 5. D. de curatoribus furioso. (27. 10.)

4) L. 4. D. 42. 7. L. 5. D. ibid.

5) L. 9. D. 27. 10. L. 5. D. ibid. L. 22. D. 4. 4.

6) L. 8. D. 42. 4.

7) L. 6. §. 2. D. 42. 4.

8) §. 9. J. de suspectis tutoribus. (1. 26.)

9) L. 1. §. 1. D. 42. 7. L. 23. §. 2. D. de heredibus instituendis. (28. 5.)

10) L. 7. §. 10, 11 u. 12. D. 42. 4.

tor erlaubt, leicht zu verderbende Sachen zu veräußern[11]), ja in einigen Fällen wird ihm sogar gestattet, zur Bezahlung drückender Schulden Einzelsachen aus der Gütermasse zu verkaufen[12]). Der Curator wurde dann gewöhnlich aus den Gläubigern erwählt[13]). Im späteren Rechte kam durch ein Senatusconsult bei den Concursen der clarae personae, d. h. der Senatoren[14]), der Gebrauch auf, daß anstatt der gewöhnlichen bonorum venditio zum Verkaufe der Einzelstücke der Concursmasse ein Curator ernannt wurde[15]), und es geschah dieß, um dem Gemeinschuldner die mit der bonorum venditio verbundene Infamie zu ersparen[16]). Ueberhaupt hatten in diesem Falle die Gläubiger die Wahl, ob sie den Concurs durch bonorum venditio oder durch die Bestellung eines curator bonis distrahendis eröffnen wollten[17]). Hatten dieselben aber einmal ihre Ansicht in dieser Beziehung ausgesprochen, so blieb es bei derselben unwiderruflich und selbst, wenn der bereits ernannte Curator verstarb, mußte ein anderer an dessen Stelle ernannt werden. Die Ernennung geschah durch den Prätor oder den Statthalter der Provinz[18]). Der Gemeinschuldner verliert aber durch diese distractio bonorum sein ganzes Vermögen, und alle zu demselben gehörigen Klagen werden ihm so gut abgeschlagen, wie dem Schuldner, dessen ganze Habe ein genereller Pfandgläubiger verkauft hat[19]). Der Unterschied dieses Curators von dem früher erwähnten besteht darin, daß jener als ein gewöhnlicher Realcurator nur zur Administration, dieser letztere aber auch zum Verkaufe der Masse im Einzelnen bestellt wird. In späteren Zeiten ist die distractio auch bei anderen, nicht senatorischen Cridaren eingeführt worden[20]) und endlich ganz an die Stelle der bonorum venditio sammt dem Magister und der Universalsuccession getreten, wiewohl die genauere Zeitbestimmung dieser Aenderung bestritten ist[21]). Nach dem Zeugnisse der Justinianischen Institutionen hängt diese Aenderung mit dem Untergange des ordo iudiciorum privato-

---

11) §. 9. J. 1. 26.

12) L. 23. §. 2. D. 28. 5. L. 7. §. 10 u. 12. D. 42. 4.

13) L. 7. §. 10. D. 42. 4. L. 9. pr. D. ibid.

14) Siehe Rudorff, das Recht der Vormundschaft Th. 1. S. 159.

15) L. 4. D. 42. 7. L. 9. D. de curatoribus furioso. (27. 10.) L. 5. D. ibid. In welche Zeit dieß SC. zu setzen sei, ist ungewiß. Schon Stieber de bonorum emtione §. 20. p. 62. bemerkt, daß Neratius (L. 9. D. 27. 10.) und Caius (L. 5. D. ibid.) und die Kaiser Marcus und Verus (L. 4. D. 42. 7.) es kennen. Rudorff a. a. O. Th. 1. S. 159. nimmt an, daß die Erwähnung des SC. sich darauf beziehe, daß der Senat bei jedem einzelnen Falle die Ernennung des Curator durch ein SC. zu gestatten gehabt habe. Am Deutlichsten spricht für diese Ansicht L. 9. D. 27. 10.

16) L. 9. D. 27. 10.

17) L. 9. D. 27. 10. L. 1. §. 1. D. 42. 7.

18) L. 5. D. ibid.

19) L. 4. D. 42. 7.

20) L. 22. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.)

21) Pr. J. de successionibus sublatis III. (13.) ibique Theoph. ed. Reitz tom. I. p. 609—612.

rum zusammen, also etwa unter Diocletian[22]), während Hefftер[23]) annimmt, daß die bonorum venditio schon zu den Zeiten des Paullus nicht mehr practisch gewesen sei, und Günther[24]) ihre Fortdauer selbst noch unter Justinian behauptet. Das Verfahren, in welchem zu Justinians Zeiten die bonorum distractio abgesetzt wurde, ist folgendes: Die in bona missio tritt auch jetzt noch ein[25]), doch müssen die Forderungen der Gläubiger, falls der Schuldner abwesend ist, durch Urtheil und Recht anerkannt worden sein[26]). Sind einige Gläubiger bereits im Besitze der Masse, so haben die anderen Gläubiger des Gemeinschuldners, welche in derselben Provinz wohnen, zwei Jahre Zeit, um sich zu melden und mit den anderen Gläubigern oder dem Curator wegen des Beweises ihrer Forderungen zu verfahren; dagegen müssen sie auch ihren Kostenantheil erstatten[27]). Der Beweis des Kostenpunctes wird durch den Eid der Gläubiger, welche bereits im Besitze der Masse sind, geführt. Abwesenden Gläubigern ist ein Zeitraum von vier Jahren gewährt. Die Anwesenheit und Abwesenheit der Gläubiger beurtheilt man nach dem Wohnorte derjenigen Gläubiger, welche bereits in den Besitz der Gütermasse gekommen sind. Nach dem Ablaufe der genannten Zeitfristen sind die Gläubiger, welche sich nicht gemeldet haben, präcludirt. Nun bleiben die Gläubiger die gesetzlich bestimmte Frist hindurch im Besitze der Gütermasse. Jedenfalls meint der Kaiser Justinian, wenn er von dieser Frist, die er selbst bestimmt habe, spricht, den Zeitraum von zwei und vier Jahren, welchen er gleich vorher erwähnt hat, während Bethmann-Hollweg nur an eine zweijährige Frist denkt[28]). Während dieser Zeit erscheinen die Gläubiger als Repräsentanten des Cridars; daher Forderungen, welche gegen diesen zustehen, gegen jene als Inhaber der Masse geltend gemacht werden müssen[29]). Nach dem Ablaufe der Frist erlaubt der Concursrichter durch einen Rechtsspruch den Verkauf der Vermögensstücke[30]), wenn ihn nicht der Schuldner durch Zahlung oder Defension abwendet. Dieser Verkauf geschieht in der Form der distractio durch den curator bonorum. Bei dem Verkaufe der Sachen wird ein gerichtliches Protocoll aufgenommen, worin die Summen des Kaufpreises und des Ueberschusses namentlich angegeben werden, in Gegenwart der tabularii und cimeliarcha[31]) und der

---

22) L. 6. u. 9. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis. (7. 72.)
23) Institutionen des Civilprozesses S. 663 flg.
24) L. c. p. 11.
25) L. 10. pr. C. 7. 72. pr. J. 3. 13. ibique Theoph. p. 609.
26) L. 9. C. 7. 72. Nov. 53. c. 4. §. 1. Nov. 69. c. 3. pr. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Th. 1. S. 291.
27) L. 10. pr. C. 7. 72. Vergl. L. 15. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)
28) A. a. O. Th. 1. S. 342. Note 15.
29) L. 10. pr. C. 7. 72. L. 15. C. 4. 30.
30) L. 10. §. 1. C. 7. 72.
31) L. 10. §. 1. C. 7. 72.

Verkäufer leistet der Curator auf das Evangelium den Eid, daß er bestmöglichst verkauft habe. Den Erlös der Sachen theilt der Richter unter die Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen und unter Berücksichtigung ihrer Privilegien [32]). Der etwaige Ueberschuß wird bei dem Cimeliarchen des Ortes für die etwa später sich meldenden Gläubiger deponirt [33]), oder, wenn sich keine Gläubiger melden, an den Cridar zurückerstattet [34]); eine Einrichtung, welche bei der bonorum venditio schon deshalb in der Regel nicht vorkommen konnte, weil der Käufer der gesammten Gütermasse Universalsuccessor des Verstorbenen wurde [35]).

Was nun das Verhältniß der Vindicanten zum Concurse anbetrifft, so wurden dieselben in ihren Rechten durch die bonorum distractio gar nicht beeinträchtigt, vielmehr stand es ihnen frei, ihre Sachen ganz aus der Concursmasse herauszuziehen [36]). Ein Gleiches galt wohl auch von den Pfandgläubigern [37]), falls die Concursgläubiger es nicht für rathsam fanden, dieselben abzufinden.

Das persönliche Schicksal des Schuldners bei der bonorum distractio ist wohl auch im Justinianischen Rechte die Infamie [38]) und das Schuldgefängniß [39]), ausgenommen, wo die Rechtswohlthat der Güterabtretung (beneficium cessionis bonorum) eintritt.

Durch das veränderte Concursverfahren ist in den Justinianischen Rechtsbüchern eine Reihe von Interpolationen nothwendig geworden. Bald hat man den curator an die Stelle des magister [40]), bald hat man die Worte bona distrahere an die Stelle der Worte bona vendere gesetzt [41]), so daß vom Standpuncte Justinians aus beide Ausdrücke für synonym erachtet werden müssen. Daher ist die in

---

32) L. 8. in fin. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.) L. 6. C. 7. 72.

33) L. 10. §. 1. C. 7. 72.

34) L. 6. pr. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. 45. §. 12. D. de iure fisci. (49. 14.)

35) Ausnahmen finden sich bei dem Verkaufe der väterlichen Erbschaft, wenn sie dem Pupillen keinen Nutzen gewährt, und dem der Güter eines Wahnsinnigen und erklärten Verschwenders. L. 6. pr. D. 42. 5. L. 6. §. 11 u. 12. D. 42. 4.

36) L. 1. C. de privilegio fisci. (7. 73.) L. 24. §. 2. D. 42. 5.

37) L. 15. §. 5. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 6. u. 10. §. 1. C. 7. 72. L. 3. C. qui potiores in pignore. (8. 18.)

38) L. 8. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

39) L. 1. u. 8. C. 7. 71. Wahrscheinlich war dieß öffentliche Haft, da die Privatgefängnisse im Justinianischen Rechte verboten sind. Just. Cod. de privatis carceribus inhibendis. (9. 5.) L. 23. C. de episcopali audientia. (1. 4.)

40) L. 2. §. 1. D. 42. 7. Vgl. Cuiacius in paratitlis Dig. lib. I. tit. 8. Wissenbachi emblemata Tribuniani ad l. ult. D. de curat. bonis dando. XLII. 7. Stieber de bonorum emtione §. 20. p. 63. Rudorff a. a. O. Th. 1. S. 161. Note 30.

41) Vgl. §. 1. J. de heredum qualitate et differentia (2. 19.) mit Caius inst. II. §. 154. Dahin gehören wohl ferner auch L. 5. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) L. 1. §. 9. D. de separationibus. (42. 6.) L. 29. D. 42. 5. L. 7. D. de cessione bonorum. (42. 3.) Vgl. Stieber l. c. §. 3. p. 12.

factum actio wegen Verwendung oder Verschlechterung auf den curator bonis distrahendis bezogen worden[42]), und alle Grundsätze, welche von der bonorum venditio in den Pandecten und dem Justinianischen Codex mitgetheilt werden, sind, in wieweit sie nicht von dem Begriffe der in derselben liegenden Universalsuccession unzertrennlich erscheinen, stillschweigend auf die bonorum distractio übertragen worden.

Heimbach.

Bonorum possessio im weiteren Sinne, später in bona missio[1]), heißt eine obrigkeitliche Verfügung, wodurch Jemand aus einem rechtmäßigen Grunde und zum Zwecke der Sicherstellung oder Realisirung bestimmter Rechte in den Besitz eines fremden Vermögens oder einzelner Sachen eines Anderen eingewiesen wird. Der, zu dessen Gunsten diese Verfügung ertheilt wird, heißt in der Kunstsprache der

---

42) L. 9. §. 3. D. 42. 5.

1) Die Literatur der in bona missiones ist wenig befriedigend. Das Geschichtliche der Lehre hat Zimmern im römischen Civilprozesse §. 76, 84, 86, recht gut auseinander gesetzt. Noch fehlt es indeß an einer umfassenden Monographie. Für einzelne Missionsgründe finden sich gute Vorarbeiten; nämlich für die rei servandae causa bei Stieber de bonorum emtione apud veteres Romanos P. 1. Lipsiae 1827. 8. (besonders ausgezeichnet durch historische Untersuchungen über die Gründe der Missionen, welche die bonorum venditio zur Folge haben); für die damni infecti nomine bei Pothier Pandectae Justinianeae lib. XXXIX. tit. 2. tom. II. p. 803—816; für die legatorum vel fideicommissorum servandorum nomine bei Pothier l. c. lib. XXXVI. tit. 4. tom. II. p. 679—683. Westphal, von den Vermächtnissen Bd. II. S. 699—707. Roßhirt, die Lehre von Vermächtnissen Bd. 1. S. 520. Marezoll in seiner und Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht, Th. 9. S. 306—310; für die ex edicto Divi Hadriani s. Löhr zu const. 3. C. 6. 33. in Linde's Zeitschrift Th. 6. S. 325 flg.; für die ventris nomine s. Foerster de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum, Vratisl. 1823. p. 242—258; für die ex edicto Carboniano s. Foerster l. c. p. 202—241. und Rudorff, über das Interdict quem fundum in Savigny's Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. 9. S. 42—47. (einzelne Puncte, welche diesen Missionsgrund betreffen, sind erläutert worden von Löhr in dessen Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechtes, Bd. 2. S. 451—459. und Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio in dessen Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Privatrechtes, Berlin 1837. Bd. I. S. 168—184); für die furiosi nomine s. von Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel in seinem Magazine Bd. III. S. 66—68. und Fabricius a. a. O. S. 166—168. — Für den Sprachgebrauch der Rechtsquellen wird die Bemerkung wichtig, daß man die in bona missio gewöhnlicher possessio bonorum als bonorum possessio genannt findet, doch wird auch diese zuletzt genannte Stellung der Worte durch Cic. pro Quinctio c. 29. §. 89. und die Lex (Rubria) de Gallia Cisalpina col. II. lin. 46. vollständig gerechtfertigt. Vgl. Stieber l. c. cap. III. §. 18. p. 56. not. f. Ueber die hier angenommene weitere Bedeutung des Ausdruckes bonorum possessio, wornach er eine jede Einweisung in das ganze Vermögen einer Person, meistens mit Rücksicht auf den stattgefundenen Todesfall derselben, bezeichnet, vgl. Löhr in seinem und Grolman's Magazine für Rechtswissenschaft, Bd. III. S. 217—231. Daß sich derselbe auch auf die Missionen in die Gütermasse lebender Personen von Anfang an bezogen habe, beweisen die oben angeführten Stellen des Cicero und der Lex Rubria.

neueren Rechtsgelehrten missus. Die Befugniß, eine solche Mission zu ertheilen, ist ein Reservatrecht des Prätors oder des Magistrates, welcher das imperium hat[2]). Die Ertheilung selbst geschieht durch ein Decret der Obrigkeit, nachdem dieselbe durch eine vorhergehende Untersuchung sich davon überzeugt hat, daß alle einzelnen zur Ertheilung nothwendigen Erfordernisse im concreten Falle vorliegen (causa cognita)[3]). Ein bei allen in bona missiones eintretendes Erforderniß ist es, daß eine iusta causa, d. h. ein durch das prätorische Edict oder das Civilrecht anerkannter Grund vorliege, welcher den, der die Mission erbittet, berechtigt, darauf anzutragen[4]). Dieser Grund besteht in einem Forderungsrechte an die Person desjenigen, in dessen Güter die Mission verfügt wird, ohne Unterschied, ob es ein bedingtes oder ein unbedingtes Recht ist, oder in einem Anspruche an die Gütermasse einer Person, der für den Augenblick aus factischen Gründen nicht realisirt werden kann, oder in der Säumniß desjenigen, welcher eine ihm durch das prätorische Edict auferlegte Verbindlichkeit sofort zu erfüllen sich weigert. Die Mission wird gewöhnlich in die ganze Gütermasse des Schuldners ertheilt, nicht blos in einzelne Sachen desselben[5]). Daher auch der Ausdruck in bona missio, welcher auf die ganze Gütermasse des Schuldners zu beziehen ist. Eine Ausnahme macht diejenige Mission, welche damni infecti nomine geschieht; denn diese beschränkt sich gewöhnlich nur auf das Haus, dessen Einsturz Schaden zu bringen droht[6]). Von der Einweisung selbst ist die Besitznahme der Güter, in welche die Einweisung geschieht, verschieden[7]). Die Art und Weise, wie der Besitz der Einzelsachen, welche zu den bona gehören, dem missus verschafft wird, ist in den römischen Rechtsquellen nicht immer genau bezeichnet. Gewöhnlich wird nämlich vorausgesetzt, daß dieß durch eine eigne Handlung des missus (Besitzergreifung) geschehe. Daher kommt es, daß das römische Recht auch nur von Rechtsmitteln spricht, welche dem missus ertheilt werden für den Fall, daß er an der Besitzergreifung von dem Schuldner oder Dritten gehindert wird[8]). Als solche Zwangsmittel, wodurch dem missus die Besitzergreifung möglich gemacht werden soll, nennen die Justinianischen Rechtsquellen: a) die in factum actio, welche

---

2) L. 4. D. de iurisdictione. (2. 1.) L. 26. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Th. 1. S. 36—38. Gleichwohl wird das in possessionem mittere in L. 1. D. 2. 1. zum officium ius dicentis gezogen.

3) L. 1. §. 14. D. de ventre in possessionem. (37. 9.) L. 3. §. 4. D. de Carboniano. (37. 10.) L. 2. C. qui potiores (8. 18.) etc.

4) L. 6. pr. D. quibus ex causis. (42. 4.) L. 7. §. 1. D. ibid. L. 7. §. 14. D. ibid. L. 14. §. 2. D. ibid.

5) L. 1. D. 42. 4. Vergl. Schilling, Institutionen Th. II. S. 309 bis 311.

6) L. 1. D. 42. 4. L. 4. §. 1. D. de damno infecto. (39. 2.)

7) Am Deutlichsten erhellt der Unterschied aus L. 15. §. 32. D. damni infecti. (39. 2.)

8) L. 1. §. 3. D. ne vis fiat. (43. 4.)

der missus gegen den, der ihn absichtlich hindert, Besitz an den fraglichen Gütern zu ergreifen, gebrauchen kann[9]). Mit dieser Klage concurrirt zu gleichem Zwecke und unter gleichen Voraussetzungen das interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit[10]), welches eben sowohl die Aufhörung der Störung, als den Ersatz für den durch dieselbe herbeigeführten Schaden dem missus zu verschaffen bestimmt ist. b) Die executio decreti extra ordinem[11]), d. h. die durch den Prätor, welcher die Mission ertheilt hat, verfügte Einsetzung des missus in den Güterbesitz. Gewöhnlich geschah diese Einsetzung durch die Androhung einer Geldstrafe gegen den Störer. In einzelnen Fällen bediente man sich zur Einführung des missus in den Besitz der Soldatenhand, oder der Gerichtsdiener, oder der Municipalmagistrate[12]).

Die Einweisung selbst gibt an den Gütern, in welche sie verfügt wird, an und für sich keinen juristischen Besitz[13]), sondern bloße Detention, verbunden mit der custodia und observatio, d. h. der Befugniß, darauf zu sehen, daß von den Gütern nichts wegkomme[14]). Mithin wird durch die Ertheilung der missio der juristische Besitz des wahren Eigenthümers keineswegs aufgehoben[15]), sondern dieser wird als wahrer Besitzer auch noch nach der Ertheilung der Mission betrachtet. Der einmal dem missus eingeräumte Besitz wird demselben rechtlich so lange gestattet, bis der Grund, aus welchem die Mission ertheilt worden ist, wegfällt[16]). Die Berechtigung des missus, den Besitz, den er durch die Mission erhalten hat, fortzusetzen, heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen praetorium pignus, auch pignus schlechthin[17]), und fängt von dem Augenblicke an, wo der missus den Besitz an den Gütern wirklich ergriffen hat[18]). Zum Schutze desselben erhält er ein prätorisches Interdict[19]), welches nicht allein für den Fall einer arglistigen Störung im erworbenen Besitze von Wichtigkeit ist,

---

9) L. 1. §. 3. D. 43. 4. L. 3. §. 2. D. ibid. L. 4. §. 4. D. ibid.

10) L. 3. pr. u. §. 2. D. 43. 4. L. 5. §. 27. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.)

11) L. 3. pr. u. §. 1. D. 43. 4. L. 5. §. 27. D. 36. 4.

12) Vgl. die in Note 11 angeführten Stellen.

13) Die entgegengesetzte Ansicht des Quintus Macius Scaevola, welcher dem missus wirklichen Besitz zugestand, ist schon zeitig verworfen worden. L. 3. §. 23. D. de acquirenda vel amittenda possessione. (41. 2.) L. 10. §. 1. D. 41. 2. L. 3. §. 8. D. uti possidetis. (43. 17.)

14) L. 10. §. 1. D. 41. 2. L. 9. §. 1. und L. 12. D. 42. 4. L. 5. pr. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.) Die röm. Rechtsquellen bezeichnen diesen Zustand mit den Worten custodiae causa esse in possessione.

15) L. 5. pr. D. 36. 4. L. 15. §. 20. D. de damno infecto. (39. 2.)

16) L. 5. pr. D. 36. 4. etc.

17) L. 26. pr. u. §. 1. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 3. §. 1. D. de rebus eorum. (27. 9.) L. 12. D. pro emtore. (41. 4.) Cod. de praetorio pignore. (8. 22.) Vergl. Cuiacii observat. lib. V. cap. 30. Von dem Sprachgebrauche der Neueren, welche dem Begriffe praetorium pignus eine größere Ausdehnung geben, siehe Sintenis, Pfandrecht S. 347.

18) L. 26. §. 1. D. 13. 7.

19) Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. (43. 4.)

sondern auch dann angewendet wird, wenn Jemand den missus wissentlich hindert, an den Gütern Besitz zu ergreifen[20]). Dieses Interdict wird in den Justinianischen Pandecten durch eine in factum actio ersetzt, welche unter gleichen Voraussetzungen auf Erstattung des durch die dolose Störung verursachten Schadens angestellt werden kann[21]) und selbst dann von Nutzen ist, wenn der, welcher die Mission nachgesucht hat, den Prätor nicht angehen konnte und mittlerweile in Schaden gekommen ist[22]). Diese Klage ist ihrer Natur nach eine Pönalklage und geht activ auf die Erben über, passiv aber nur in soweit, als die Erben des Beklagten durch die dolose Störung reicher geworden sind[23]). Ihre Dauer ist auf ein Jahr beschränkt. Nur im Falle daß die Mission wegen hinterlassener Legate und Fideicommisse ertheilt wird, fällt diese Beschränkung weg, und dann geht die Klage auch immer passiv auf die Erben über. Im Falle aber der missus den Güterbesitz verloren hat, wurde ihm nach älterem Rechte nicht die hypothecaria actio zur Wiedererlangung desselben gestattet, weil man in dem custodiae causa in possessione esse auch die Verpflichtung des missus erblickte, dafür zu sorgen, daß ihm dieser Besitz nicht entrissen werde; doch hat Kaiser Justinian auch für diesen Fall ihm die genannte Klage gestattet, ohne Unterschied, ob er den Besitz durch seine Schuld oder ohne dieselbe verloren hat[24]). Ganz verschieden von den durch die Mission entstehenden Berechtigungen ist 1) das Recht, aus der Gütermasse Alimente zu entnehmen[25]). Nur bei der in bona missio ventris nomine[26]) und ex edicto Carboniano[27]) wird diese Berechtigung dem missus zugestanden; ingleichen bei der legatorum servandorum causa, wenn die in den Güterbesitz Eingewiesene eine Descendentin oder die Frau des Verstorbenen ist und nicht in der Ehe lebt, auch sonst nichts hat, wovon sie sich ernähren kann[28]). 2) Das Recht, die Früchte aus der Gütermasse zu ziehen[29]). Nur ausnahmsweise ist dem missus die Früchteziehung erlaubt worden, wenn der Beklagte bei der Erbschaftsklage unscheinbar wird und im Ungehorsam verharrt[30]), und

---

20) L. 1. §. 3. D. 43. 4. L. 1. §. 1. D. ibid.

21) L. 1. pr. u. §. 1. D. 43. 4. L. 1. §. 5. D. ibid. L. 4. §. 2. D. ibid. Sehr deutlich werden beide Rechtsmittel in L. 3. §. 2. D. 43. 4. unterschieden.

22) L. 4. §. 3. D. 43. 4.

23) L. 1. §. 8. D. 43. 4.

24) L. 2. C. de praetorio pignore. (8. 22.)

25) L. 7. pr. D. 42. 4.

26) L. 1. §. 19. D. de ventre in possessionem. (37. 9.) L. 4. pr. u. §. 1. D. ibid.

27) L. 5. §. 3. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 6. §. 5. D. 37. 10. dehnt dieß sogar auf die Studienkosten aus.

28) L. 14. D. 36. 4. Vgl. Foerster de bonorum possessione liberorum etc. p. 226.

29) L. 7. §. 19. D. 42. 4. L. 5. §. 16. D. 36. 4.

30) L. 7. §. 19. D. 42. 4.

wenn bei der Mission legatorum servandorum causa nach Ablauf der gesetzlichen Frist der Besitz auf alle Güter des Erben erstreckt wird [31]). Dabei versteht es sich indeß von selbst, daß die Früchte nur bis zum Betrage der Schuld vom missus beansprucht werden können [32]). Sie werden deshalb zu Gelde angeschlagen und ihr Werth zuerst auf die Zinsen und nach deren Tilgung auf das Capital gerechnet [33]). Der Ueberschuß aber muß zurückerstattet werden. Ganz verschieden von der Früchteziehung ist die Frage, wer für die Erzeugung und Aufbewahrung der Früchte zu sorgen habe, der wahre Besitzer, oder der Eingewiesene? Die Erzeugung der Früchte und die Bearbeitung des Grundstückes, ja selbst die Einsammlung der Früchte ist Sache des Besitzers; der missus haftet nur für ihre Aufbewahrung [34]). Zögert also der Besitzer mit der Einsammlung, so wird dieß Sache des missus. Sind die eingesammelten Früchte von der Art, daß der schnelle Verkauf derselben sich als vortheilhaft herausstellt, so kann der missus dieselben sofort verkaufen; das dafür gelöste Geld muß er aber aufheben. 3) Das Recht, die Gütermasse zu verkaufen (bona vendere) [35]). Dieses Recht erscheint insofern als ein von der in bona missio getrenntes Recht, als es nur mit gewissen Missionen verbunden ist. — Fragt man, wie lange die Wirkung der einmal ertheilten Mission dauere, so ist es eine allgemeine Regel, daß, so lange der Grund, aus welchem sie ertheilt ist, fortbesteht, auch die Wirkungen der Mission fortdauern und daß, wenn ihr Grund wegfällt, auch die Wirkungen der Mission erlöschen. In den römischen Rechtsquellen gibt es zwar keine Stelle, welche diesen Grundsatz in der ihm hier gegebenen Allgemeinheit ausspricht; doch enthalten dieselben einzelne Anwendungen desselben für concrete Fälle, aus welchen man mit Sicherheit auf die Existenz des Grundsatzes schließen kann. Die vorzüglichsten derselben sind folgende. Die Mission, welche wegen ertheilter Legate und Fideicommisse verfügt wird, hört auf wirksam zu sein, wenn die Nachfolger des ersten Erben, der die Caution verweigert hat, diese leisten, und dann wird die in factum actio verweigert [36]). Bei der Mission, die wegen damnum infectum ertheilt wird, fällt das Interdict ne vis fiat dann weg, wenn der Beklagte Caution stellt oder sich dazu erbietet [37]). Bei der missio rei servandae causa fällt die Wirkung derselben und des Güterverkaufes weg, wenn sich später ergibt, daß der Beklagte sich nicht absichtlich vor seinem

---

31) L. 5. §. 16 u. 21. D. 36. 4.
32) L. 5. §. 16. D. 36. 4.
33) L. 5. §. 21. D. 36. 4.
34) L. 5. §. 22. D. 36. 4.
35) L. 21. §. 2. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.) L. 7. §. 1. u. 11. D. 42. 4.
36) L. 1. §. 8. D. 43. 4.
37) L. 4. pr. u. §. 1. D. 43. 4.

Gläubiger verborgen habe [38]); die Wirkung der Mission fällt aber auch dann weg, wenn die Schulden vor dem Güterverkaufe bezahlt werden [39]), oder der Beklagte gehörig vor Gericht vertreten wird [40]). Die Wirkung der in bona missio ventris nomine hört von selbst auf, wenn es gewiß wird, daß die Wittwe nicht schwanger sei, oder wenn das Kind zur Welt kommt, oder die Wittwe eine Fehlgeburt thut [41]). Nur bei der Mission, die nach dem carbonianischen Edicte verfügt wird, besteht eine der Hauptwirkungen auch dann fort, wenn der Unmündige bereits mündig geworden ist, nämlich die, daß derselbe auch im obschwebenden Prozesse die Rolle des Beklagten übernimmt [42]).

Die einzelnen Gründe, aus welchen in bona missiones verfügt werden, lassen sich folgendermaßen classificiren.

1) Rei servandae causa [43]), d. h. um den Gläubiger für irgend eine Forderung aus den Gütern des Schuldners schadlos zu halten. Die Voraussetzungen dieser Mission sind folgende: a) es muß eine erwiesene Schuld vorliegen [44]). Deshalb ist in den römischen Rechtsquellen immer in dieser Beziehung von einem creditor die Rede. b) Die Bedingung, unter der geschuldet wird, muß bereits in Erfüllung gegangen sein [45]). Ist ein Zahltag hinzugefügt, so wird vor Ablauf desselben der Güterverkauf nicht gestattet [46]). c) Der Schuldner muß vor Gericht nicht gehörig vertreten werden (defendi) und entweder sich in der Absicht, um seine Gläubiger zu betrügen, versteckt haben [47]), oder aber, nachdem er in einem obschwebenden Prozesse einen Bürgen dafür gestellt hat, daß er sich vor Gericht am gehörigen Termine stellen werde, sich öffentlich nicht sehen lassen [48]). Den

---

38) L. 7. §. 3. D. 42. 4.

39) L. 35. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. 12. D. ibid.

40) L. 33. §. 1. D. 42. 5.

41) L. 1. §. 27. D. de ventre in possessionem. (37. 9.) L. 2. D. ibidem.

42) L. 6. §. 6. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 14. D. ibid. Vgl. Foerster de bonorum possessione p. 232.

43) Dig. 42. 4. u. 5. Der Name findet sich in L. 1. L. 7. pr. D. 42. 4. L. 50. D. de peculio. (15. 1.) L. 3. §. 23. D. de acquirenda et amittenda possessione. (41. 2.) L. 13. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 51. §. 1. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 5. §. 2 u. 4. D. 36. 4. L. 3. §. 8. D. uti possidetis. (43. 17.) L. 5. §. 1. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 26. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.) L. 15. §. 4. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 2. D. de feriis. (2. 12.) L. 9. D. de rei vindicatione. (6. 1.) L. 7. §. 2. D. de suspectis. (26. 7.)

44) L. 6. pr. u. §. 1. D. 42. 4.

45) L. 14. §. 1. D. 42. 4 Freilich steht L. 6. pr. D. ibid. entgegen.

46) L. 7. §. 14. D. 42. 4.

47) L. 7. pr. u. §. 1. D. 42. 4. L. 1. §. 15—18. D. 42. 4. Ueber den Begriff der Vertretung sehe man L. 2. §. 3 u. 4. D. 42. 4. L. 5. §. 1—3. D. ibid. L. 52. D. de regulis iuris. (50. 17.) Vgl. Mühlenbruch, von der Cession der Forderungsrechte (3. Ausg.) S. 615 flg.

48) L. 2. pr. §. 1—4. D. 42. 4.

ersten Fall bezeichnet das prätorische Edict mit den Worten: qui fraudationis causa latitavit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo. Den zuletzt genannten Fall aber bezeichnet es mit folgenden Ausdrücken: in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciat, neque defendetur, iri iubebo. Wahrscheinlich waren unter dieser Rubrik im prätorischen Edicte noch andere Fälle verzeichnet, welche uns indeß im Justinianischen Rechte nicht mehr aufbehalten worden sind. Dahin gehört wohl namentlich die Mission, welche zur Vollstreckung eines rechtskräftigen condemnatorischen Urtheils in die Güter des Schuldners verfügt wurde[49]); ferner diejenige, welche in die Güter des Schuldners geschah, der nach der lex Iulia den Gläubigern seine Güter abgetreten hatte[50]); diejenige, welche in die erblosen Güter eines Verstorbenen verfügt wurde, nachdem es gewiß geworden, daß weder ein Civilerbe, noch ein prätorischer vorhanden sei[51]); diejenige, welche eintritt, wenn der Erbe verdächtig wird und den Gläubigern auf ihr Verlangen keine Satisdation leistet[52]); endlich diejenige, welche in die Güter dessen, der ins Exil gegangen ist, verfügt wird[52a]). Die Wirkungen dieser Mission betreffend, so sind es nicht allein die allgemeinen, welche sich bei jeder anderen gleichfalls vorfinden, sondern es darf auch als eine specielle Wirkung desselben angesehen werden, daß sie den missus zum Güterverkaufe (bonorum venditio) berechtigt; ein Verfahren, welches auch dem alten Concursprozesse zu Grunde liegt[53]) und vielleicht die Veranlassung zur Benennung rei servandae causa gegeben hat. Hierbei kommen freilich folgende Rechtssätze in nähere Betrachtung: a) Zur Erbittung dieser Mission ist jeder Gläubiger des Gemeinschuldners befugt. b) Der, welchem diese Mission ertheilt ist, schließt dadurch keinen anderen Gläubiger des Gemeinschuldners aus[54]). Daher heißt es von der Mission: in rem permissam videri. Nach einer Constitution Justinians können indeß die übrigen Gläubiger nur insofern aus der nur Einem ertheilten Mission Nutzen ziehen, als sie binnen einer bestimmten Zeit den-

---

49) Caius inst. III. §. 78. Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. 1. p. 609.

50) Caius inst. III. §. 78. Spuren davon finden sich in L. 3. u. 5. D. de cessione bonorum. (42. 3.) L. 4. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

51) Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Caius inst. III. §. 78. Spuren davon im Justinianischen Rechte finden sich in einer Constitution Diocletians L. 5. C. de bonis auctor. iud. possidendis. (7. 72.)

52) L. 31. pr. §. 1—5. D. de rebus auctor. iud. possidendis. (42. 5.)

52a) Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Eine Spur davon enthält L. 13. D. 42. 4.

53) Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 609.

54) L. 12. D. 42. 5. L. 10. C. de rebus auctor. iud. possidendis. (7. 72.) Der Grund dieser Bestimmung ist wohl darin zu suchen, daß man annahm, der missus übe die Detention in diesem Falle nicht allein für sich, sondern für Alle, welche ein gleiches Recht haben, vollständig aus. L. 5. §. 2. D. 36. 4.

jenigen, dem sie bereits ertheilt worden ist, von ihren Forderungen unterrichten und zugleich alle demselben durch die Erbittung der Mission erwachsenen Kosten, jeder nach dem Antheile seiner Forderung, vergüten[55]). Für anwesende Gläubiger, d, h. solche, welche in derselben Provinz sich wesentlich aufhalten, ist ein Zeitraum von zwei Jahren, für abwesende einer von vier Jahren festgesetzt. Ist dieser Zeitraum unbenutzt vorübergegangen, so haben die übrigen Gläubiger keinen Antheil an der von Einem erbetenen Mission. c) Die Verwaltung der Güter wird dem Gemeinschuldner durch die Ertheilung der Mission nicht ausdrücklich entzogen, aber die Gläubiger können sie ihm, wenn sie wollen, entziehen. Zwar wird dieser Rechtssatz nirgends ausdrücklich ausgesprochen; er ergibt sich aber als gewiß aus einer Reihe von Verordnungen des römischen Rechtes, welche ohne denselben völlig unverständlich sein würden. Die immittirten Gläubiger werden angewiesen, von dem Zeitpuncte der Mission an die Früchte, welche aus der Sache hervorkommen werden, zu ziehen und zu verkaufen, oder die Sache zu verpachten[56]). Dieß für den Fall, wenn sie nicht schon vorher verkauft oder verpachtet worden sind. Denn sonst hält der Prätor den vom Gemeinschuldner bereits früher geschlossenen Contract aufrecht, selbst wenn der in demselben festgesetzte Preis der Sache nicht angemessen sein sollte. Nur im Fall der Contract von Seiten des Schuldners in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, abgeschlossen worden, ertheilt der Prätor den Gläubigern die Erlaubniß, denselben nach Befinden umzustoßen und einen neuen Vertrag an dessen Stelle abzuschließen. Für den Zeitraum, auf welchen solche Contracte abgeschlossen werden sollen, ist nichts im Edicte bestimmt, mithin ist es auch hier den Gläubigern anheim gestellt, jede beliebige Frist im Contracte auszumachen[57]). Fragt man, wer unter den Gläubigern zum Abschlusse befugt sei, so ist die Antwort die, daß nur denjenigen, welche die Mission erlangt haben, dieß Recht zukomme, und daß es diesen freisteht, ob sie Alle zusammen als Partei den Contract abschließen, oder dessen Abschluß nur einem Einzigen von ihnen übertragen wollen. Können sie sich in dieser Beziehung nicht einigen, so wählt der Prätor einen unter ihnen aus, welcher dieß im Namen Aller thut[58]). Die Führung der Geschäftsrechnung wird nur einem Einzigen übertragen, welchen der größte Theil der Gläubiger erwählt hat[59]). Dabei ist es den Gläubigern erlaubt, die Rechnungsbücher wenigstens einmal einzusehen und die Ausgabe und Einnahme zu controliren (dispungere rationes)[60]); auch können dieselben, jeder für sich allein, ein Verzeichniß aller zur Gütermasse

---

55) L. 10. pr. C. 7. 72.
56) L. 8. §. 1. D. 42. 5.
57) L. 8. §. 3. D. 42. 5.
58) L. 8. §. 4. D. 42. 5.
59) L. 15. D. 42. 5.
60) L. 15. §. 1. D. 42. 5. Ueber die Bedeutung des Ausdruckes dispungere rationes, instrumenta siehe L. 56. D. de V. S. (50. 16.)

gehörigen Urkunden aufnehmen, wenn auch das völlige Abschreiben derselben nicht gestattet wird[61]). Nur im Fall ein gerechter Grund angegeben wird, ist das Abschriftnehmen gestattet; doch bedarf es auch hier noch einer ausdrücklichen Erlaubniß von Seiten des Prätor. Finden sich in der Vermögensmasse Forderungen vor, welche durch den Ablauf eines gewissen Zeitraumes erlöschen, so muß zu deren Eintreibung ein Curator bestellt werden[62]). Um das Verhältniß der Gläubiger unter einander in Beziehung auf die Verwaltung der Gütermasse zu reguliren, hat der Prätor besondere in factum actiones eingeführt[63]), von deren Wesen und Umfang gleich hier gehandelt werden soll. Die erste ist eine in factum actio, mit welcher der von den immittirten Gläubigern, welcher die Früchte aus der Gütermasse gezogen hat oder durch Andere hat ziehen lassen, von dem, an den sie ausgeliefert werden müssen, gezwungen wird, dieselben herauszugeben. Als Kläger können nicht allein die übrigen Gläubiger, sondern sogar auch der curator bonorum und der Gemeinschuldner auftreten; der zuletzt Genannte freilich nur dann, wenn der Güterverkauf aus irgend einem Grunde unmöglich wird[64]). Der Gegenstand, weshalb die Klage angestellt wird, sind nach den Worten des prätorischen Edictes freilich nur die aus der Gütermasse gezogenen Früchte[65]). Bei der Berechnung derselben kommt indeß nur die Zeit des wirklichen Besitzes in Anschlag. Denn dadurch, daß der Gläubiger zu spät den Besitz ergriffen, oder zu früh denselben verlassen hat, wird er nicht verbindlich. Für fructus percipiendi haftet er gleichfalls nicht, er müßte denn den Verkauf oder die Verpachtung derselben unterlassen haben. Auf gleiche Stufe mit den Früchten wird auch Alles gesetzt, was aus der Gütermasse an den immittirten Gläubiger überhaupt gekommen ist[66]), und man beurtheilte dieß nach Analogie der negotiorum gestorum actio. Die Klage ist auf keinen bestimmten Zeitraum beschränkt und geht activ und passiv auf die Erben über[67]). — Die andere vom Prätor eingeführte in factum actio[68]) steht dem immittirten Gläubiger zu, welcher für die Verwaltung der Güter Auslagen im guten Glauben gemacht hat, um Ersatz für diese Kosten zu erlangen. Diese Klage kann gegen alle diejenigen gerichtet werden, welche die zuerst genannte in factum actio brauchen können[69]), also selbst gegen den curator bonorum und den Gemeinschuldner; sie findet auch dann statt, wenn die gemachten Auslagen der Gütermasse gar keinen Nutzen gebracht haben[70]),

---

61) L. 15. pr. D. 42. 5.
62) L. 14. D. 42. 5.
63) L. 9. pr. D. 42. 5.
64) L. 9. §. 3. D. ibid.
65) L. 9. pr. u. §. 1 u. 6. D. ibid.
66) L. 9. §. 1. D. 42. 5. L. 14. §. 1. D. ibid.
67) L. 9. §. 7. D. 42. 5.
68) L. 9. pr. D. 42. 5. L. 9. §. 2—4. D. ibid.
69) L. 9. §. 3. D. 42. 5.
70) L. 9. §. 2. D. 42. 5.

ist auf keine bestimmte Zeit beschränkt und geht activ und passiv auf die Erben über[71]). — Endlich wird vom Prätor noch eine in factum actio gegen denjenigen gestattet, welcher im Güterbesitze sich befunden und die Gütermasse arglistiger Weise verschlechtert hat[72]). Versehen des missus kommen nicht in Betracht[73]). Diese Klage steht Allen zu, welche dadurch in Schaden gekommen sind, ist eine Pönalklage, dauert nur ein Jahr und geht zwar activ auf die Erben unbeschränkt über, passiv aber nur, insoweit die Erben des Beklagten durch das Delict ihres Erblassers reicher geworden sind[74]).

2) **Damni infecti nomine**[75]). Damnum infectum heißt derjenige Schaden, welcher zwar noch nicht wirklich geworden ist, aber aus Gründen der Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht[76]). Im Fall nun ein fremdes Gebäude[77]) oder sonst ein fremdes, von Menschenhänden errichtetes oder zu errichtendes Werk[78]) mich in Schaden zu bringen droht, gleichviel, ob dasselbe auf öffentlichen oder Privatgrundstücken aufgeführt wird, so kann ich verlangen, daß der Besitzer des Werkes, der Eigenthümer desselben oder der, welcher eine Servitut an demselben hat[79]), mir verspreche, den Schaden zu ersetzen, wenn er wirklich werden sollte. Die Erfordernisse dieser Caution sind folgende: a) Es muß ein Privatbau in Frage stehen. Bei öffentlichen Bauen muß man sich an den Kaiser oder den Statthalter der Provinz wenden, wenn daraus für Jemand Schaden zu fürchten ist[80]). b) Die Errichtung oder Veränderung des Werkes, woher man den Schaden befürchtet, muß nicht unumgänglich nothwendig sein[81]). c) Es muß ein Postulant vorhanden sein, d. h. Jemand, welcher die Leistung der Caution verlangt[82]). Daher kommt es, daß der Besitzer des Werkes für den vor der Leistung der Caution eingetretenen Schaden in der Regel nicht haftet[83]), außer wenn die Mission in die Güter des Beklagten verfügt[84]), oder die Caution bereits vom Prätor resolvirt[85]), oder von

---

71) L. 9. §. 7. D. 42. 5.
72) L. 9. pr. u. §. 8. D. ibid.
73) L. 9. §. 5. D. ibid.
74) L. 9. §. 8, 10 u. 11. D. ibid.
75) Dieser Missionsgrund ist durch das Edict des Prätor Peregrinus aufgekommen. Vgl. die Lex Rubria de Gallia Cisalpina c. 20.
76) L. 2. D. de damno infecto. (39. 2.)
77) L. 5. §. 1. D. 39. 2. L. 6. u. 7. §. 1 u. 2. D. ibid.
78) L. 19. §. 1. D. 39. 2. L. 15. §. 8. L. 31. D. ibid.
79) L. 13. §. 1. L. 19. pr. L. 15. §. 25. L. 39. §. 1. D. ibid. Vgl. Pothier Pandectae Justinianeae XXXIX. 2. 4. §. 3. Im Fall mehrere Eigenthümer des Hauses vorhanden sind, wird die Caution nur auf den Antheil seines Miteigenthumes von Jedem geleistet. L. 37. D. 29. 2.
80) L. 24. pr. D. 39. 2. L. 15. §. 10. D. ibid.
81) L. 35—37. D. 39. 2.
82) L. 13. §. 3. D. 39. 2. L. 6. u. 44. D. ibid.
83) L. 6. u. 44. D. ibid.
84) L. 15. §. 32. D. ibid. L. 44. pr. D. ibid.
85) L. 44. pr. D. ibid.

dem Kläger überhaupt beantragt worden ist, und es nur am Prätor lag, dieselbe dem Gegner im Prozesse aufzuerlegen[86]), oder wenn der Kläger durch die Kürze der Zeit oder Abwesenheit in Staatsgeschäften daran gehindert worden ist, die Caution zu beantragen[87]). d) Derjenige, welcher die Caution beantragt, muß berechtigt sein, diesen Antrag zu stellen. Zugesprochen wird dieß Recht dem Eigenthümer, dem Nutznießer, dem Superficiar, dem Pfandgläubiger, den Hausnachbarn, deren Mietheinwohnern und den Weibern derselben, endlich Jedem, welcher den Schaden einem Dritten ersetzen muß, wenn er wirklich eintreten sollte (cuius periculo res est)[88]). Der Käufer des Grundstücks hat das Recht erst von der Uebergabe an, weil er bis zum Moment der Tradition durch die Sorgfalt, welche der Verkäufer ihm bezüglich des Grundstücks schuldet, völlig gesichert ist und dem Letzteren vielmehr die Verbindlichkeit obliegt, die Caution einstweilen zu beantragen[89]). Stipulirt der Käufer vor der Uebergabe, so wird die Caution gewissermaßen vorwärts datirt, da sie nur auf den Schaden bezogen wird, welcher nach der Uebergabe des Grundstücks eingetreten ist[90]). Wer vom Nichteigenthümer das Grundstück gekauft oder auf andere Weise an sich gebracht hat, kann, selbst wenn er dasselbe im guten Glauben besitzt, die Caution nicht beantragen[91]). Uebrigens bleibt es dem Gutachten des Prätors im concreten Falle vorbehalten, zu beurtheilen, an wen die Caution geleistet werden solle[92]). Der Beweis des Interesses von Seiten des Klägers wird nicht verlangt[93]). e) Der Postulant muß den Eid vor Gefährde leisten (calumniae iusiurandum), bevor die Caution dem Gegner auferlegt wird. Doch sind die Eltern und Patrone des Beklagten von der Verpflichtung, diesen Eid zu leisten, frei[94]). Dasselbe gilt von denen, welche im Namen derselben die Caution beantragen[95]). Wird die Caution im fremden Namen beantragt, so muß der Postulant schwören, daß der, in dessen Namen er die Caution beantragt, ohne Gefährde denselben im eigenen Namen verlangt haben würde[96]). Wer den Eid geleistet hat, an den muß auch die Caution geleistet werden[97]). f) Dem Postulanten darf kein anderer Weg offen stehen,

---

86) L. 15. §. 28. D. ibid. Für diesen Fall wird die spätere Caution auch auf den bereits vorher eingetretenen Schaden erstreckt, oder eine utilis actio gestattet.

87) L. 9. pr. D. 39. 2.

88) L. 18. D. 39. 2. L. 39. §. 2. L. 5. §. 2. L. 11. u. 13. §. 4. u. 8. L. 21. D. ibid.

89) L. 18. §. 7. D. 39. 2. L. 38. pr. D. ibid.

90) L. 18. §. 7—9. D. 39. 2.

91) L. 11. D. 39. 2. L. 13. §. 9. D. ibid.

92) L. 13. §. 3. D. 39. 2.

93) L. 13. §. 3. D. 39. 2.

94) L. 13. §. 3. D. 39. 2. L. 13. §. 12—14. D. ibid.

95) L. 13. §. 14. D. 39. 2.

96) L. 13. §. 13. D. 39. 2.

97) L. 13. §. 3. D. ibid.

um sich vor dem künftigen Schaden zu bewahren, als der der Cautionsleistung [98]). Unter den Juristen der alten Schulen herrschte über dieses Erforderniß eine Controverse. Caius und seine Lehrer waren für dieses Erforderniß, und die späteren Juristen, wie Ulpianus und Paulus, haben ihre Meinung gebilligt [99]). Demnach steht wohl für das Justinianische Recht der Grundsatz fest, daß die Beantragung der Caution ein subsidiarisches Rechtsmittel sei. — Das Versprechen selbst geschieht in der Form der Stipulation, bald unter Stellung von Bürgen (satisdatio), bald ohne dergleichen (nuda repromissio). Wer sie im eigenen Namen leistet oder für ein Werk, was auf seinem Grund und Boden steht, braucht keine Bürgen zu stellen; wer sie im fremden Namen leistet, oder für ein Werk, welches auf fremden Grund und Boden steht, muß Bürgen stellen [100]). Nothwendig ist die Einfügung eines Termines in die Stipulation, da dieselbe nicht für immer, sondern nur für bestimmte Zeiträume geleistet werden kann [101]). Die Bestimmung der Größe des Zeitraumes hängt von der Willkür der Obrigkeit ab [102]); nur bei Bauen in öffentlichen Flüssen oder auf deren Ufern ist eine Zeitfrist von zehn Jahren vom Prätor vorgeschrieben [103]). Ist der angegebene Zeitraum abgelaufen, so kann eine neue Caution verlangt werden [104]). Ist gar kein Zeitraum in die Stipulation eingefügt, so bleibt die Caution für immer giltig, wenn die Parteien die Einfügung wissentlich unterlassen haben; ist dieß aber nur aus Irrthum geschehen, so wird die Dauer der Caution auf die Zeit, welche bei dergleichen sonst herkömmlich ist, beschränkt [105]). Aus der Caution haftet der Cavent bei Bauen auf Privatgrundstücken für die Fehler des Werkes und des Bodens (vitium operis et loci) [106]); bei Bauen auf öffentlichem Grund und Boden oder in Flüssen und an deren Ufern nur für die Fehler des Baues [107]). Erfolgt die Caution nicht in der gehörigen Weise [108]) und innerhalb der vom Prätor dazu anberaumten Frist [109]), so wird die Mission in das bau-

---

98) L. 32. D. 39. 2. L. 20. D. ibid.

99) Ulpianus in L. 13. §. 6. D. 39. 2. L. 33. D. ibid. Paulus in L. 18. §. 2. D. ibid.

100) L. 13. §. 1. L. 30. §. 1. D. 39. 2. Wird das Werk auf öffentlichem Grund und Boden errichtet, so ist stets Satisdation von Nöthen. L. 7. pr. L. 15. §. 2, 6 u. 9. D. 39. 2.

101) L. 13. §. 15. D. 39. 2. L. 14. u. 15. u. 4. D. ibid.

102) L. 13. §. 15. D. 39. 2. L. 15. §. 7. D. ibid.

103) L. 7. pr. D. 39. 2. L. 15. §. 4. D. ibid. Für andere Bauten auf öffentlichem Grund und Boden gilt die zehnjährige Frist nicht.

104) L. 15. pr. D. 39. 2.

105) L. 15. §. 1. D. 39. 2.

106) L. 24. §. 2. D. 39. 2. L. 15. §. 3. D. ibid. Natürliche Fehler des Bodens, wie wenn derselbe sumpfig ist, kommen auch hier nicht in Betracht (L. 24. §. 2. D. 39. 2.), ebensowenig als Erdbeben, Ueberschwemmung u. dgl. (L. 24. §. 3. D. ibid.)

107) L. 15. §. 3. L. 24. pr. D. 39. 2.

108) L. 4. §. 1. D. ibid.

109) L. 23. D. ibid.

fällige Haus[110]) oder in denjenigen Theil desselben, welcher baufällig geworden[111]), verfügt, selbst in dem Falle, wenn das Haus einstweilen eingestürzt ist[112]), gleich als ob dasselbe nicht gerichtlich vertreten würde (quasi non defendatur)[113]). Daraus ergibt sich zugleich, daß diese Mission gegen jeden Besitzer verfügt wird; vorausgesetzt indeß, daß derselbe vorher davon in Kenntniß gesetzt worden ist[114]). Dieß geschieht gewöhnlich durch eine Contestation, welche der Kläger in die Wohnung des Beklagten schickt, oder, im Falle der letztere keine bestimmte Wohnung hat, an der Thüre des fraglichen Hauses anheftet, oder dem Vertreter des Beklagten oder dessen Miethseinwohnern einhändigt. Dabei ist es gleichgiltig, ob der Kläger im eigenen Namen oder als Vertreter eines fremden Rechtes handelt[115]). Die Mission selbst erfolgt, falls Mehrere concurriren, nicht nach Verhältniß des Schadens, den ein Jeder abzuwehren hat, auch nicht nach Verhältniß des Werthes der einzelnen Grundstücke, in Bezug auf welche die Mission verlangt wird[116]), sondern nach Theilen, deren Verhältniß nach der Anzahl der concurrirenden Personen bestimmt wird. Dabei ist es auch gleichgiltig, ob der Eine früher, der Andere später die Mission erlangt hat[117]). Der missus erhält durch die Mission die Detention der Sache mit der Befugniß, das schadhafte Haus, wenn er will, auszubessern[118]). Diesen Besitz kann er so lange fortsetzen, bis die Caution geleistet wird[119]). Für die Kosten, die er auf die Sache verwendet hat, kann er entweder ebenfalls Caution verlangen, oder die in factum actio brauchen, um ihre Erstattung zu erzwingen[120]). Erfolgt auch ohnerachtet der Mission die Caution noch nicht und ist ein beträchtlicher Zeitraum verstrichen, so kann der missus vom Prätor ein zweites Decret erwirken, wodurch er den wahren Besitz der baufälligen Sache erhält, verbunden mit der Befugniß, dasselbe durch dieselbe zu verjähren[121]). Ist der Eigenthumserwerb am Grundstück aus besonderen Gründen nicht denkbar, so fällt das zweite Decret gewissermaßen weg und es tritt an dessen Stelle ein anderes, wodurch dem missus dieselben Rechte an der Sache eingeräumt werden, die der, welcher die Caution zu leisten hat, an derselben hatte[122]). Specielle

---

110) L. 1. D. quibus ex causis in possessionem eatur. (42. 4.) L. 4. §. 1. D. 39. 2. L. 15. §. 12. D. ibid. L. 7. pr. D. ibid.
111) L. 15. §. 11. u. 14. D. 39. 2. L. 38. §. 1. D. ibid.
112) L. 15. §. 34. D. 39. 2.
113) L. 15. §. 29. D. 39. 2. L. 4. §. 6. D. ibid.
114) L. 4. §. 5 u. 6. D. 39. 2.
115) L. 39. §. 3. D. 39. 2.
116) L. 15. §. 18. D. 39. 2. L. 5. §. 1. D. ibid. L. 40. §. 4. D. ibid.
117) L. 15. §. 15. D. ibid.
118) L. 15. §. 20 u. 30. D. ibid.
119) L. 15. §. 31. D. ibid.
120) L. 15. §. 31 u. 34. D. ibid.
121) L. 15. §. 21 u. 22. D. ibid. L. 5. pr. u. L. 15. §. 16. D. ibid. Der Sprachgebrauch des prätorischen Edictes und der römischen Juristen bezeichnet den Inhalt dieses Decretes mit possidere iubeo. L. 7. pr. D. ibid.

Wirkungen des zweiten Decretes sind außer den genannten noch folgende: a) der missus erlangt das Recht, den wahren Besitzer aus dem Besitze zu vertreiben [123]). b) Der missus ist verbunden, die Sache gegen Andere zu vertreten [124]). Verlangt also ein Dritter für die Sache Caution, so muß sie vom missus geleistet werden. c) Der missus wird gewissermaßen factischer Eigenthümer [125]) der Sache und erhält mithin auch vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist die actio Publiciana; und dem, welcher die Caution hätte leisten sollen, werden die Klagen gegen den missus abgeschlagen, in wieweit sie die fragliche Sache betreffen [126]). d) Seit der Zeit, wo das zweite Decret ertheilt worden ist, hört die Befugniß desjenigen, der die Caution hätte leisten sollen, auf, dieselbe fernerhin dem missus anzubieten [127]). Nur ausnahmsweise ließ man aus triftigen Gründen noch späterhin die Oblation der Caution zu, z. B. bei denen, welche im guten Glauben abwesend sind [128]).

3) Legatorum vel fideicommissorum servandorum causa. Wem ein Legat oder Fideicommiß hinterlassen ist, hat nach dem prätorischen Edicte [129]) das Recht, den, welcher mit der Auszahlung des Vermächtnisses beschwert worden ist [130]), zu zwingen, daß er ihm Caution für die richtige Auszahlung des Vermächtnisses leiste [131]). Statt der Vermächtnißnehmer selbst werden auch die Erben und Procuratoren derselben zugelassen [132]). Falls der Legatar in der Gewalt eines Anderen steht, so wird die Caution dem geleistet, welcher ihn in der Gewalt hat [133]). Dabei ist es gleichgiltig, ob das Legat oder Fideicommiß pure oder unter einer Suspensivbedingung, oder von einem Anfangstermine an hinterlassen worden ist [134]). Die Bedingungen, unter welchen der Cautionsantrag stattfindet, sind folgende: a) Es muß der Richter nach Gründen der Wahrscheinlichkeit vorher untersuchen, ob der Postulant nicht aus bloßer Chikane die Caution beantrage [135]). b) Der Postulant muß beweisen, daß ihm ein Legat oder Fideicommiß hinter-

---

122) L. 15. §. 26. D. 39. 2.
123) L. 15. §. 23. D. 39. 2. vgl. mit L. 15. §. 20. D. ibid.
124) L. 15. §. 15. D. 39. 2.
125) Decreto a Praetore dominus constituitur L. 15. §. 16. D. 39. 2.
126) L. 15. §. 24—26. D. 39. 2.
127) L. 15. §. 33. D. 39. 2. vgl. mit L. 7. §. 1. D. de usufr. et quemadm. (7. 1.) u. L. 15. §. 30. D. 39. 2.
128) L. 15. §. 33. D. 39. 2. L. 19. D. ibid.
129) L. 1. §. 2. D. ut legatorum nomine caveatur. (36. 3.)
130) L. 15. §. 2. D. 36. 3. L. 1. §. 6–8. D. 36. 3.
131) L. 1. §. 12. D. 36. 3. L. 1. §. 6—8. D. ibid. L. 13. D. ibid.
132) L. 1. §. 3 u. 4. D. 36. 3. L. 3. §. 2. D. ut in possessionem. (36. 4.)
133) L. 1. §. 5 u. 20. L. 2. L. 3. D. 36. 3.
134) L. 14. u. 15. D. 36. 3. L. 14. §. 1. D. 42. 4. Dabei versteht es sich von selbst, daß alle Exceptionen und Bedingungen, welche das Legat betreffen, in der Stipulation als wiederholt gedacht werden. Vgl. L. 1. §. 14. D. 36. 3.
135) L. 3. §. 1. D. 36. 4. L. 5. §. 2. D. 36. 3.

lassen sei[136]). Der Beweis der Größe des Legates wird nicht verlangt[137]). Falls das Vermächtniß gleich vom Anfange an als ungiltig erscheint, unterbleibt auch die Caution[138]). Dasselbe findet statt, wenn die litis contestatio im Prozesse über das Legat bereits erfolgt ist[139]), oder ein legatum liberationis vorliegt[140]). Erfolgt die Caution nicht in der angegebenen Weise und ist auch kein venter in den Besitz der Erbschaft bereits eingewiesen[140a]), so ertheilt der Prätor dem Postulanten die Einweisung in den Güterbesitz der Erbschaft[141]), selbst für den Fall, daß gar keine Person vorhanden ist, von welcher die Caution geleistet werden kann[142]). Diese Mission umfaßt alle Erbschaftssachen, welche an den Onerirten gekommen sind[143]), vorausgesetzt, daß dieselben annoch den Character der res hereditariae an sich tragen. Denn haben sie diesen Character einmal verloren, so sind dieselben nur dann der Mission unterworfen, wenn der Verlust durch die Arglist des Erben herbeigeführt worden[144]). Aus der Zahl der Erbschaftssachen fallen aber alle diejenigen aus, welche durch Commodat oder Depositum in den Besitz des Erblassers gekommen sind[145]). Sind gar keine Erbschaftssachen vorhanden, so wird den Vermächtnißnehmern zwar nicht der Besitz der eigenen Güter des Erben eingeräumt, wohl aber ihnen dadurch geholfen, daß dem Erben die Erbschaftsklagen abgeschlagen und deren Anstellung an die Vermächtnißnehmer übertragen wird[146]). Die Wirkung der einmal verfügten Mission dauert so lange, bis die Caution erfolgt oder das Vermächtniß ausgezahlt wird[147]). In manchen Fällen können die Vermächtnißnehmer, nach einem Rescripte des Kaisers Caracalla[148]), auch eine Einweisung in die eignen Güter des Erben erlangen. Dieß unter folgenden Voraussetzungen: α) Das Vermächtniß muß betagt, d. h. der Termin der Auszahlung muß bereits verstrichen sein[149]). β) Es müssen

---

136) L. 5. §. 2. L. 14. §. 1. D. 36. 3.
137) L. 6. D. 36. 3.
138) L. 1. §. 3 u. 4. D. 36. 4.
139) L. 1. §. 9 u. 10. D. 36. 3. L. 3. D. 36. 4.
140) L. 1. §. 2. D. 36. 4.
140a) L. 7. D. 36. 4.
141) L. 1. pr. D. 36. 3. vgl. mit L. 1. §. 2. D. ibid.
142) L. 1. §. 1. D. 36. 4.
143) L. 9. D. de annuis legatis. (33. 1.) L. 5. §. 4—8. D. 36. 4. L. 13. D. ibid.
144) L. 5. §. 5. D. 36. 4. L. 5. §. 10. D. ibid. L. 8. D. ibid. Doch ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahme. Vgl. L. 15. D. 36. 4. Daß die Arglist des Erben und derer, welche seine Stelle vertreten, hier in Frage komme, sagen L. 5. §. 13—15. D. 36. 4.
145) L. 5. §. 10. D. 36. 4.
146) L. 10. D. 36. 4.
147) L. 6. §. 1. D. 36. 4. L. 11. D. 36. 3. Ist eins von beiden erfolgt, so hat der Onerirte ein Interdict, wodurch er den Vermächtnißnehmer zwingt, den Besitz aufzugeben.
148) L. 5. §. 16, 17 u. 20. D. 36. 4. Daher nennen sie manche neuere Schriftsteller auch missio Antoniniana.
149) L. 5. §. 16. D. 36. 4. Si post sex menses in satisfactione cessatum sit. vgl. mit L. 5. §. 17 u. 24. D. ibid.

von der Verfallzeit des Legates, oder richtiger von dem Zeitpuncte an, wo der Vermächtnißnehmer sein Recht auf das Vermächtniß gerichtlich geltend macht, sechs Monate verflossen sein [150]). Der gedachte Zeitraum wird nach Kalendertagen berechnet [151]). γ) Der Onerirte muß diesen Zeitraum hindurch im ungerechten Verzuge (mora solvendi) sich befunden haben [152]). Diese Mission wird als eine Strafe für die ungerechte Zögerung des Onerirten angesehen [153]) und findet auch dann statt, wenn die Caution für die Vermächtnisse erlassen worden ist. Sie gibt dem missus nicht allein den Güterbesitz, sondern ertheilt ihm auch das Recht, die Früchte aus der Sache zu ziehen [154]) und auf die Zinsen und das Capital anzurechnen. Für den Fall, daß der Vermächtnißnehmer in der Fruchtziehung gestört wird, ist ihm ein Interdict gegen den Störer zugestanden worden [155]). Mit der Auszahlung des Vermächtnisses erlischt auch die Wirkung der Mission [156]). Außer den genannten zwei Missionen nehmen noch manche Rechtsgelehrte, wie Pothier [157]) und Roßhirt [158]), eine dritte Mission an, welche dem Fideicommissar in die ihm vermachte Sache ertheilt wird, wenn der Onerirte dieselbe verkauft und der Käufer darum gewußt hat, daß die Sache dem Fideicommiß unterworfen sei [159]). Kaiser Justinian hat an verschiedenen Stellen seiner Gesetze [160]) erklärt, daß die alte in rem missio, welche zur Sicherheit der Legatare und Fideicommissare ertheilt wird, ganz aufhören und an deren Stelle die stillschweigende Hypothek treten solle. Ueber die Auslegung dieser Stellen herrscht viel Streit unter den Juristen. Pothier [161]) und nach ihm Roßhirt [162]) beziehen dieselben auf die zuletzt genannte Mission und meinen, daß den Justinianischen Rechtsquellen zufolge die Missionen, welche den Vermächtnißnehmern wegen der Verweigerung der Caution aus dem prätorischen Edicte und wegen der ungerechten Zögerung in der Auszahlung der Vermächtnisse aus Caracalla's Constitution ertheilt werden, noch im Gebrauch seien. Und diese Ansicht ist neuer-

---

150) L. 5. §. 16. Si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est. L. 6. C. 6. 54. Darauf bezieht sich wohl auch L. 9. D. 36. 4.

151) L. 5. §. 19. D. 36. 4.

152) L. 5. §. 16. In satisfactione cessatum sit. L. 5. §. 20. D. ibid.

153) L. 5. §. 18. D. 36. 4.

154) L. 5. §. 16, 21—24. D. 36. 4.

155) L. 5. §. 23. D. 36. 4.

156) L. 5. §. 24. D. 36. 4.

157) Pandectae Justin. lib. XXXVI. tit. 4. artic. IV. §. 2.

158) Die Lehre von den Vermächtnissen Th. 1. S. 517 flg.

159) Davon spricht Paulus sent. recept. lib. 4. tit. 1. §. 15.

160) L. 1. C. communia de legatis (6. 43.) Quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur censemus in rem quidem missionem penitus aboleri L. 3. §. 2. C. ibid. In rem missionis tenebrosissimus error abolitus est. Vgl. Nov. 39. praef.

161) L. c. art. IV. §. 2. Nr. 25.

162) A. a. O. Th. 1. S. 517.

dings von Marezoll ausführlich vertheidigt worden[163]). Andere, wie Löhr[164]) und Zimmern[165]), nehmen an, daß Justinians Worte sich auf die Mission, welche wegen der Verweigerung der Caution aus dem prätorischen Edicte ertheilt wurde, zu beziehen sind und halten mithin die Titel der Pandecten 36. 4. und des Codex 6. 54., welche von dieser Mission reden, vom Standpuncte des Justinianischen Rechtes aus für unbrauchbar.

4) Ex edicto Divi Hadriani[166]). Nach einem Edicte des Kaisers Hadrian wurde dem in einem schriftlichen Testamente eingesetzten Erben[167]) die Befugniß ertheilt, eine Mission in diejenigen körperlichen Erbschaftssachen zu verlangen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes in Besitz gehabt hat[168]). Der Grund für die Einführung dieser Mission war der, die Abführung der vicesima hereditatum zu beschleunigen[169]). Die näheren Bedingungen derselben sind folgende: a) Das Testament muß dem Magistrate richtig vorgelegt (oblatum) und öffentlich vorgelesen (publice recitatum) sein[170]). b) Das Testament durfte keinen äußeren sichtbaren Mangel haben, welcher den Begriff des Testamentes aufhebt[171]). Dagegen wurden Einwendungen: das Testament sei falsum, ruptum, irritum oder inofficiosum, gar nicht beachtet[172]). Doch versteht es sich von selbst, daß durch diese Nichtbeachtung der Kläger nicht verhindert ward, sein Recht gegen das Testament auf andere Weise auszuführen. c) Es durfte vom Tode des Erblassers an noch nicht ein Jahr verflossen sein[173]). Appellationen werden nicht beachtet[174]). Entsteht Streit zwischen dem eingesetzten und dem substituirten Erben, weil Beide die Mission bean-

---

163) In Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht, Th. 9. S. 306 bis 310.

164) In seinem und Grolman's Magazine Th. III. S. 195, und im Archiv für civilistische Praxis Bd. 5. S. 208.

165) Römischer Prozeß S. 271.

166) Ueber den hier gebrauchten Namen vergl. L. 7. Theod. C. 4. 4. In L. 26. Th. C. 11. 36. heißt es edicti per D. Hadrianum conditi beneficium.

167) Daher reden Paulus sent. recept. lib. 3. tit. 5. §. 14—18. L. 7. pr. D. de appellationibus recipiendis vel non. (49. 5.) L. 26. Theod. C. 11. 36. L. 6. Just. C. 7. 65. L. 2. u. 3. C. de edicto Divi Hadriani tollendo. (6. 33.) nur vom scriptus heres. Eine besondere Hindeutung auf die Schrift findet sich auch in Nov. Valentiniani 4. Dagegen können wohl auch nicht die allgemeinen Ausdrücke in L. 1. C. 6. 33. u. L. 8. pr. C. 6. 36. in Betracht kommen. Vgl. Löhr zu L. 3. C. 6. 33. in Linde's Zeitschrift Th. 6. S. 325.

168) Pauli sent. rec. 3. 5. §. 18. Nov. Valent. 4. Bei Paulus findet sich das Wort possedit, was wohl auf den Interdictenbesitz gedeutet werden muß.

169) L. 3. C. de edicto Divi Hadriani tollendo. (6. 33.)

170) Paulus sent. rec. 3. 5. §. 17.

171) Es geht dieß aus L. 3. C. 6. 33. hervor.

172) Pauli sent. rec. 3. 5. §. 14. L. 2. C. 6. 33.

173) Pauli sent. rec. 3. 5. §. 16.

174) L. 7. pr. D. 49. 5. L. 26. Theod. C. 11. 36.

spruchen, so entscheidet man sich im Zweifel für den Ersteren[175]). Das Edict Hadrians ist mit allen seinen Umschweifen durch Justinian aufgehoben und zugleich Alles, was zur Ergänzung und Erklärung desselben von den Rechtsgelehrten gesagt worden ist, für ungiltig erklärt worden; doch blieb die genannte Mission des im Testamente schriftlich eingesetzten Erben annoch fortbestehen, auch wenn er nicht Universalerbe war[176]). Diese Mission hat indeß durch Justinian in ihren Bedingungen einige Abänderungen erlitten. Zuerst wird sie nämlich nicht allein aus einem schriftlichen, sondern auch aus einem mündlichen Testamente ertheilt[177]), vorausgesetzt, daß das Testament dem Richter klar vorliegt, an keinem äußeren Fehler leidet, nicht durchstrichen oder sonst vernichtet ist und durch die gehörige Zeugenzahl bestätigt wird. Appellationen sind auch jetzt noch unzulässig[178]). Die Beschränkung auf ein Jahr hat gänzlich aufgehört[179]). Dagegen beschränkt sich auch jetzt noch die Mission auf die Sachen, welche der Erblasser zur Todeszeit gehabt hat, wenn dieselben nicht von einem Anderen aus einem gerechten Grunde besessen werden. Bei der Einweisung, welche nur vom Richter des Ortes, wo die Erbschaftssachen sich befinden, verfügt werden kann[180]), wird ein Protocoll von den publicae personae aufgenommen[181]). Falls ein Contradictor vorhanden ist, soll die Sache vom competenten Gericht untersucht und dem der Besitz zugesprochen werden, welcher erweist, daß er ein stärkeres Recht an der Sache habe, als der Andere. Daß dabei ein summarischer Prozeß stattfinde, wird nirgends gesagt, wenn schon manche Rechtsgelehrte dieß angenommen haben. Die neueren Juristen haben dieser Mission, wie sie durch Justinian gestattet worden ist, den Namen remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo gegeben.

5) Ventris nomine[182]). Durch das prätorische Edict, welches den Ungebornen in Bezug auf sein Erbrecht den Lebenden gleichstellt[183]), ist in der Lehre von der bonorum possessio[184]) der Grundsatz aufgekommen, daß in allen Fällen, in welchen der Unge-

---

175) Paulus sent. rec. 3. 5. §. 15., c. 1. C. 6. 33.

176) L. 3. C. 6. 33.

177) Anderer Meinung ist Löhr a. a. O. Th. 6. S. 328, welcher auch in L. 3. C. 6. 33. nur ein schriftliches Testament erwähnt findet.

178) L. 7. pr. D. 49. 5.

179) L. 3. C. 6. 33.

180) L. 1. C. ubi de hereditate agatur. (3. 20.)

181) L. 3. C. 6. 33. Possessionem testificatione publicarum personarum accipiat. Vgl. Löhr a. a. O. Th. 6. S. 331—332.

182) Der Name findet sich so in L. 1. D. 42. 4. L. 4. §. 1. D. de officio eius, cui mandata est iurisdictio. (1. 21.) L. 3. §. 23. D. de acquirenda vel amittenda possessione. (41. 2.) Die vorzüglichste Schrift über diesen Gegenstand ist Foerster de bonorum possessione liberorum praeteritorum p. 242—258.

183) L. 1. pr. u. L. 7. pr. D. 37. 9.

184) Daher wird die Mission stets als ein Anhang zur bonorum possessio dargestellt. L. 1. pr. L. 7. pr. D. 37. 9. L. 10. D. ibid.

borne (venter), wenn er bereits geboren wäre, ein Recht auf die Erbittung der bonorum possessio hätte, er oder vielmehr die schwangere Frau in den Güterbesitz des Verstorbenen auf die Dauer der Schwangerschaft [185]) eingewiesen werde. Diese Mission vertritt gewissermaßen die Stelle der bonorum possessio [186]) für die Dauer der Schwangerschaft und hebt die bonorum possessio der Mitberechtigten keineswegs auf [187]). Daher kommt es, daß der Ungeborene ebenso gut allein, als mit Anderen zugleich zugelassen werden kann. Die Erfordernisse derselben sind: 1) Es muß eine Frau vorhanden sein, welche wirklich schwanger ist [188]). Man berücksichtigt hier zugleich zwei verschiedene Zeitpuncte, erstlich den, an welchem der Erblasser verstorben ist; zweitens den, wo die Mission erbeten wird. Falls die Schwangerschaft oder ihr Verhältniß zum Verstorbenen bezweifelt wird, so hat der Magistrat nach Gründen der Wahrscheinlichkeit die Sache zu beurtheilen. Im Falle sie zweifelhaft scheint, erfolgt zwar die Mission, aber sie wird nur durch ein Decret, welches nach Analogie des carbonianischen Edictes interponirt wird, vermittelt [189]). Dieß nach einer Verordnung Kaiser Hadrian's. Hat sich die Frau, welche die Mission beansprucht, arglistiger Weise für schwanger ausgegeben, ohne daß sie es ist, so ist sie nicht allein schuldig, die aus der Erbschaft entnommenen Alimente zu ersetzen [190]), sondern sie kann auch von Jedem, der durch die decretirte Mission in Nachtheil gebracht worden ist, auf den Ersatz des Interesses belangt werden [191]). Die zu diesem Zwecke gestattete Klage ist eine Pönalklage, wird nur innerhalb eines annus utilis gegeben [192]) und kann sogar gegen den Vater der Frau angestellt werden, wenn durch seine Vermittelung die Mission der Letzteren ertheilt worden ist [193]). 2) Die Frau muß von dem, dessen Erbschaft in Frage steht, wirklich und auf legitime Weise schwanger geworden sein [194]). Das prätorische Edict erwähnt in dieser Beziehung die Frau des Verstorbenen nur deßhalb nicht namentlich, weil es ja zutreffen kann, daß sie zur Zeit seines Todes dieß nicht mehr ist. Ja es kann der Fall eintreten, daß sogar mehrere Frauen zugleich zur Mission berechtigt sind [195]). Im Falle die Verbindung der Frau mit dem Verstorbenen geleugnet, oder sonst der Status des venter bezweifelt wird, treten dieselben Maßre-

---

185) L. 10. D. 37. 9. L. 1. §. 27. L. 2. D. ibid.
186) L. 1. pr. D. 37. 9.
187) L. 7. §. 2. D. 37. 9.
188) L. 1. pr. D. 37. 9.
189) L. 1. §. 14. D. 37. 9. L. 3. §. ult. D. 43. 4. L. 8. D. 37. 9. L. 7. §. 1. D. ibid.
190) L. 1. §. 28. D. 37. 9. vgl. mit L. 3. D. ibid. L. 1. §. 7. D. 25. 6.
191) D. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur. (25. 6.)
192) L. 1. §. 3. D. 25. 6.
193) L. 1. §. 5. D. ibid.
194) L. 1. §. 10. D. ibid.
195) L. 1. §. 16. D. 37. 9.

geln ein, welche dann zu beachten sind, wenn die Schwangerschaft der Frau bezweifelt wird [196]). Mithin sind auch alle Klagen aus dem Status des Kindes bis zur Pubertät desselben auszusetzen [197]). 3) Der Ungeborne muß in der Lage sein, daß, wenn er geboren wäre, er die bonorum possessio beanspruchen kann [198]). Dabei ist es gleichgiltig, welche bon. possessio er beanspruchen könnte, ob die contra tabulas, secundum tabulas oder intestati [199]). Auch beschränkt sich dieß in der letzten Classe nicht allein auf den ordo unde liberi, sondern bezieht sich auch auf die folgenden [200]). Ueberhaupt ließ man die Mission in allen Fällen zu, wo der Ungeborne durch die Geburt suus heres, oder wer diesem gleichgestellt wird werden kann [201]), vorausgesetzt, daß derselbe nicht giltiger Weise enterbt worden [202]). Ja man ging in dieser Ansicht so weit, daß man auch da, wo für den Gebornen das edictum de coniungendis cum emancipato liberis eintrat, für den Ungebornen durch die Mission gesorgt wurde [203]). Die Wirkungen dieser Mission sind folgende: 1) Der Ungeborne erhält außer der Detention der Erbschaft die Befugniß, Alimente aus derselben zu entnehmen [204]). Man bezieht diese Befugniß nicht allein auf die Frau, welche die Mission erhält, sondern auch auf die Sclaven und Dienstboten derselben, inwiefern sie ihr nothwendig sind [205]). Die Alimente werden aus dem baaren Gelde, was sich in der Erbschaft vorfindet, bestritten [206]); im Falle dieß mangelt, werden zur Bestreitung derselben Erbschaftssachen, die nicht viel einbringen, verkauft. Die Alimentationskosten werden in keinem Falle zurückerstattet, wenn sie in gutem Glauben verwendet worden sind [207]). Zur Verabreichung der Alimente aus der Erbschaft wird gewöhnlich ein Curator bestellt [208]), welchen sich die Frau vom Prätor erbitten muß [209]). Falls die Mission einem zum Erben eingesetzten postumus extraneus ertheilt wird, so erhält derselbe nur dann die Berechtigung, Alimente aus der Erbschaft zu entnehmen, wenn er kein anderes Vermögen

196) L. 1. §. 14 u. 15. D. 37. 9. L. 8. D. ibid. L. 3. §. ult. D. 43. 4.
197) L. 7. §. 1. D. 37. 9.
198) L. 1. §. 2, 11, 13. D. 37. 9.
199) L. 7. pr. u. §. 2. D. 37. 9. L. 10. D. ibid. L. 6. D. ibid. Zuerst war die Mission wohl nur bei der contra tabulas bonorum possessio aufgekommen. Darauf deutet die Stellung der Lehre in den Pandecten und im Edicte und außerdem namentlich folgende Stellen: L. 1. pr. D. 37. 9. L. 1. §. 2. D. ibid.
200) L. 7. §. 1. D. 37. 9.
201) L. 1. §. 2. D. 37. 9. L. 1. §. 3, 8 u. 9. D. ibid.
202) L. 1. §. 2, 6 u. 7. D. 37. 9.
203) L. 1. §. 13. D. 37. 9.
204) L. 1. §. 19. D. 37. 9. Vgl. L. 1. §. 2, 3 u. 5. D. 37. 9.
205) L. 4. §. 1. D. 37. 9.
206) L. 1. §. 20. D. ibid.
207) L. 1. §. 22. D. 37. 9. L. 3. u. 9. D. ibid.
208) L. 1. §. 19. D. 37. 9. L. 5. §. 1. D. ibid.
209) L. 1. §. 17. D. ibid.

hat[210]). Was für Alimente ausgegeben worden, wird als Erbschaftsschuld betrachtet[211]). 2) Zur Verwaltung der Erbschaftsgüter wird zugleich bei der Mission ein Curator bestellt[212]), wozu der Prätor gewöhnlich einen von den Verwandten, Verschwägerten oder Freunden des Verstorbenen, oder einen von den Erbschaftsgläubigern oder Substituten des Ungebornen wählt[213]), wenn er es nicht vorzieht, einen von denen, welche dem venter zum tutor bestellt sind, zu ernennen. Dieser Curator wird ex inquisitione bestellt und kann, wenn die Erbschaft klein ist, mit der cura ventris in einer und derselben Person verbunden werden[214]). Auch kann es umgekehrt vorkommen, daß, wenn die Erbschaft groß ist, mehrere Curatoren zur Verwaltung derselben zugleich bestellt werden[215]). Dieser Curator verwaltet die Erbschaft nach Analogie der Altersvormünder[216]). Deßhalb muß er ein Inventarium errichten[217]), für die Erhaltung und Verwaltung der Güter Sorge tragen[218]), die drückendsten Erbschaftsschulden bezahlen[219]) und den von ihm der Erbschaft zugefügten Schaden ersetzen[220]). Insofern heißt es, daß die Erbschaftssachen auf die Gefahr des Vormundes stehen. Wird kein Curator bestellt, so werden die Erbschaftsgläubiger in den Güterbesitz mit eingewiesen[221]), oder die einzelnen Erbschaftssachen von den Interessenten der schwangeren Frau zugezählt und überwiesen, damit sie die Gefahr derselben trage[222]). 3) Durch die Mission wird die für die Erbittung der bonorum possessio im Edicte bestimmte Zeitfrist von hundert Tagen oder einem Jahre sistirt. Demnach können Alle, welche nach dem venter dazu berufen werden, dieselbe nicht agnosciren, so lange es noch möglich ist, daß der venter zur Welt komme[223]). Für diesen selbst läuft die Erbittungsfrist der bonorum possessio erst vom Zeitpuncte seiner Geburt an. Manche von den neueren Rechtsgelehrten, wie Retes[224]) und Koch[225]), haben die missio ventris nomine für eine decretalis bonorum possessio gehalten, wozu einige Stellen der Pandecten[226]), in welchen in Bezug auf die Mission der Ausdruck

---

210) L. 6. D. 37. 9.
211) L. 9. D. 37. 9.
212) L. 1. §. 17. D. ibid.
213) L. 1. §. 23. D. ibid.
214) L. 1. §. 17. D. ibid.
215) L. 1. §. 18. D. ibid.
216) L. 1. §. 22. D. ibid.
217) L. 1. §. 26. D. ibid.
218) L. 1. §. 21 u. 22. D. ibid.
219) L. 5. §. 1. D. ibid. Vgl. L. 1. §. 18. D. ibid.
220) L. 1. §. 17. D. ibid.
221) L. 1. §. 17. D. ibid.
222) L. 1. §. 24. D. ibid.
223) L. 2. §. 4. D. quis ordo in bonorum possessione servetur. (38. 15.)
224) In advers. scholast. cap. III. §. 3.
225) Bonorum possessio §. 4—7.
226) z. B. L. 1. §. 1. D. 25. 6.

bonorum possessio gebraucht wird, Veranlassung gegeben haben. Dabei ist indeß übersehen worden, daß der Ausdruck bonorum possessio oft auch in der weiteren Bedeutung gebraucht wird[227]); anderen Theils sind gegen diese Ansicht Stellen entscheidend, in welchen diese Mission als solche characterisirt wird[228]), da ja in bona missio und bonorum possessio im engeren Sinne nicht allein dem Namen nach, sondern auch in ihren Wirkungen[229]) von einander verschieden sind.

6) Ex edicto Carboniano[230]). Nach einem, von einem sonst nicht weiter bekannten Prätor Carbo aufgestelltem Edicte ist der Grundsatz im römischen Rechte angenommen worden, daß, wenn ein Unmündiger (impubes) in Bezug auf die väterliche oder großväterliche Erbschaft deßhalb in einen Prozeß verwickelt wird, weil man bezweifelt, ob er zu den liberi des Verstorbenen zu rechnen sei oder nicht, diesem der Güterbesitz der Erbschaft gerade so ertheilt werden solle, als wenn gar kein Prozeß anhängig wäre; und zugleich wird die Untersuchung und Entscheidung des Prozesses auf den Zeitpunct der Mündigkeit verschoben[231]). Die Voraussetzungen, unter welchen diese Mission ertheilt werden kann, sind folgende: a) Es muß ein Unmündiger[232]) vorhanden sein, welcher die väterliche oder großväterliche Erbschaft beansprucht[233]). b) Es muß gegen denselben ein Prozeß erhoben werden, der eben sowohl die Erbschaft, als den Status des Unmündigen betrifft[234]). Betrifft derselbe nur die Erbschaft oder den Status des Unmündigen allein, so findet die Mission nicht statt[235]). Dabei ist aber gleichgiltig, ob der Unmündige im Prozesse als Kläger oder Beklagter auftritt[236]). c) Der Unmündige muß in der Lage sein, daß, wenn ihm der Prozeß über den Status nicht gemacht würde, er unter den liberi zur bonorum possessio berufen würde[237]). Daher kommt es, daß die Mission nur denen ertheilt wird, welche die bonorum possessio contra tabulas beanspruchen können[238]), wenn gleich die Worte des Edictes auch auf diejenigen sich beziehen, welche in der Intestatsuccession, gleichviel in welcher

---

227) Vgl. Löhr in Grolman's Magazin, Bd. 3. S. 217 flg.
228) L. 1. D. 42. 4. L. 4. §. 1. D. 1. 21.
229) L. 10. D. 37. 9. Vgl. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio S. 172 flg.
230) Vgl. Foerster de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. p. 202—241. Rudorff in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 9. S. 42—47.
231) L. 1. pr. D. de edicto Carboniano. (37. 10.) L. 3. §. 5. L. 7. §. 4. D. ibid.
232) L. 3. §. 3. D. 37. 10.
233) L. 6. §. 2. D. 37. 10. L. 20. D. de inofficioso testamento. (5. 2.) L. 6. pr. D. 37. 10. L. 7. §. 7. D. ibid. L. 3. §. 7. D. ibid.
234) L. 6. §. 3. D. 37. 10. L. 3. §. 2. D. ibid.
235) L. 6. §. 3. D. ibid.
236) L. 3. §. 9. D. ibid.
237) L. 1. §. 3. D. 37. 10. L. 3. pr. D. ibid.
238) L. 1. §. 3. D. 37. 10.

Classe, die bonorum possessio beanspruchen können[239]). Deßhalb findet das carbonianische Edict dann keine Anwendung, wenn der Status des eingesetzten Erben bezweifelt wird[240]), außer wenn ein Nachkind (postumus) zum Erben eingesetzt ist und dasselbe bei seiner Geburt als untergeschoben beklagt wird[241]). Hieraus erklärt sich, woher es komme, daß den giltig enterbten Kindern die Mission abgeschlagen wird[242]). d) Der Gegner im Prozesse muß wenigstens einiges Interesse daran haben, daß der Unmündige nicht die väterliche Erbschaft erhalte[243]). Ein solches Interesse hat z. B. der im Testamente eingesetzte Erbe, der nächste Agnat, selbst der Fiscus, wenn er den Unmündigen angreift[244]). Sogar die Erbschaftsgläubiger können Veranlassung zur Mission geben[245]). Bei der Ertheilung der Mission ist es gleichgiltig, ob der Prozeß den Status des Unmündigen positiv oder negativ betrifft, und ob der Prozeß nur den Unmündigen allein, oder auch den Verstorbenen mit berührt[246]). Geht der Prozeß nicht unmittelbar den Sohn, sondern nur die Mutter desselben an, welche der Unterschlagung des Kindes oder des Ehebruchs beschuldigt wird, so läßt man gewöhnlich den Prozeß seinen Gang gehen, wenn daraus für das Kinde kein Schaden zu befürchten steht[247]). Im gegentheiligen Falle schiebt man den Prozeß bis zur Erreichung der Mündigkeit auf. Der Ertheilung der Mission geht von Seiten der Obrigkeit eine doppelte Untersuchung vorher; nämlich zuerst wird untersucht, ob dem Unmündigen überhaupt die Mission zu ertheilen sei[248]); sodann wird erörtert, ob es wirklich dem Unmündigen von Nutzen sei, die Untersuchung und Entscheidung des Prozesses bis zur Erreichung der Pubertät aufzuschieben[249]). Zu diesem Zwecke wird der Magistrat angewiesen, bei der Mutter, den Verwandten und den Vormündern des Unmündigen Erkundigung einzuziehen und, im Falle die sofortige Entscheidung des Prozesses sich als dem Mündel nützlich herausstellt, dieselbe ungeachtet der Ertheilung der Mission zu verfügen. Die Erbittung der Mission ist an bestimmte Zeitfristen gebunden. Die Berechnungsweise dieser Fristen ist von der verschieden, welche bei den Fristen der bonorum possessio or-

---

239) L. 3. pr. D. 37. 10.
240) L. 3. pr. u. §. 2. D. 37. 10. L. 11. D. ibid.
241) L. 1. §. 8 u. 9. D. 37. 10. L. 3. pr. D. ibid.
242) L. 7. §. 2. D. 37. 10. L. 11. D. ibid. L. 20. D. 5. 2. Eine Ausnahme von dieser Regel enthält L. 7. §. 6. D. ibid.
243) L. 1. §. 4. D. 37. 10. Vgl. Foerster l. c. p. 210. 211.
244) L. 1. §. 7. D. 37. 10.
245) L. 3. §. 12. D. 37. 10.
246) L. 1. §. 5 u. 6. D. 37. 10. L. 3. §. 6. D. ibid. L. 8. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 7. §. 1. D. ibid.
247) L. 1. §. 11. D. 37. 10. L. 2. u. 3. §. 6. D. ibid. L. 7. §. 3. L. 11. D. ibid.
248) L. 3. §. 4 u. 5. D. 37. 10.
249) L. 3. §. 5. D. 37. 10.

dinaria beobachtet wird [250]). Zwar wird auch hier ein Jahr dem Mündel zur Erbittung der Mission gestattet [251]), aber der Anfang dieser Frist wird von der Zeit an berechnet, wo der Unmündige von dem gegen ihn erhobenen Prozesse in Kenntniß gesetzt worden ist [252]). Mit dem Ablaufe des Jahres verschwindet jeder Anspruch auf die Erbittung der Mission [253]). Die Wirkungen der ertheilten Mission sind folgende: a) Der Missus erhält die Detention der väterlichen Erbschaft [254]) bis zur Zeit, wo er die Pubertät erreicht hat [255]). Manche neuere Rechtsgelehrten schreiben ihm den wahren Besitz der Erbschaftssachen zu; eine Ansicht, welche den allgemeinen Grundsätzen, die von den Missionen gelten, widerspricht. Der Usucapionsbesitz ist dem Missus jedenfalls abzusprechen [256]). Das Rechtsmittel, wodurch der Missus sich im Besitze schützen kann, ist das Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est [257]). b) Der Pupill darf den Betrag der Alimente, der Studienkosten und anderer nothwendigen Ausgaben für sich aus der Erbschaft entnehmen [258]). Leistet er die erforderliche Caution, so wird ihm zu diesem Zwecke die Administration der ganzen Erbschaft übertragen; leistet er sie nicht, so wird er nur insoweit in den Besitz der Erbschaftssachen eingewiesen, als dieß zur Entnehmung der Alimente aus der Erbschaft durchaus nöthig ist, vorausgesetzt indeß, daß er sonst kein Vermögen hat [259]). c) Der Unmündige erhält auf die Dauer der Unmündigkeit die Verwaltung der ganzen Erbschaft unter der Voraussetzung, daß er oder sein Vormund Caution dafür stellt, daß die Erbschaft richtig werde zurückerstattet werden [260]). Dadurch erlangt er nicht allein das Recht, die Erbschaftsschulden einzutreiben, die Collation von den Miterben zu verlangen [261]), sondern er wird auch verpflichtet, die Erbschaft gegen Fremde zu vertreten [262]). Leistet der Missus die Caution nicht, so wird der Gegner im Prozesse mit dem Mündel in den Güterbesitz der Erbschaft eingewiesen, freilich mit der Beschränkung, daß er nur darauf zu sehen hat, daß die Erbschaftsmasse nicht verringert werde [263]). Diese

250) L. 3. §. 16. D. 37. 10.
251) L. 3. §. 14. D. 37. 10.
252) L. 3. §. 16. D. 37. 10. L. 4. D. ibid.
253) L. 3. §. 14. D. 37. 10.
254) L. 3. §. 13. D. 37. 10. L. 9. D. ibid.
255) L. 14. D. 37. 10. L. 1. u. 2. C. de Carboniano edicto. (6. 17.) L. 20. D. 5. 2. Gewöhnlich erhält der missus die Detention der Erbschaft allein; nur dann, wenn der Kläger im Prozesse zu den liberi gehört, wird derselbe zugleich mit dem Mündel in den Besitz der Erbschaft eingewiesen. L. 5. pr. D. 37. 10. Vergl. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 9. S. 43.
256) L. 5. §. 3. D. 37. 10. L. 2. C. 6. 17.
257) L. 3. §. 3. D. 43. 4. L. 4. §. 4. D. ibid.
258) L. 6. §. 5. D. 37. 10. L. 5. §. 3. D. ibid. L. 20. D. 5. 2.
259) L. 5. §. 3. D. 37. 10.
260) L. 5. §. 1, 2 u. 5. D. 37. 10. L. 20. D. 5. 2.
261) L. 15. D. 37. 10. L. 16. D. ibid. L. 4. D. ibid. Vgl. Foerster l. c. p. 232.
262) L. 5. §. 1. D. 37. 10.
263) L. 5. §. 1 u. 2. D. 37. 10. L. 1. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 5.

Mission gilt dann als Surrogat der Caution[264]). Die weiteren Berechtigungen des mitimmittirten Klägers hängen davon ab, ob er selbst die erforderliche Caution leistet oder nicht. Im letzten Falle wird ein Curator zur Verwaltung und Vertretung der Erbschaft ernannt[265]), bisweilen selbst aus den Vormündern des Unmündigen[266]). Dieser Curator ist verpflichtet, die Erbschaftsklagen zu erheben, sich auf die Klagen der Erbschaftsgläubiger einzulassen und die Güter demjenigen, welcher den Prozeß über die Erbschaft gewinnen wird, auszuhändigen. Wenn aber der Mitimmittirte die Caution leistet, so erhält er selbst die Administration der Erbschaft, doch darf er dieselbe nicht verringern[267]), der Documente sich nicht bemächtigen[268]) und nur solche Erbschaftssachen, die sich nicht halten lassen, verkaufen[269]), ingleichen nur solche Erbschaftsschuldner, deren Obligation durch den Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen würde, gerichtlich belangen. d) Der Prozeß des Unmündigen bleibt bis zur Erreichung der Mündigkeit ausgesetzt, wenn dieß dem Unmündigen nützlich ist[270]). Dasselbe gilt auch von Prozessen Anderer, welche den Status des Mündels gefährden[271]). Der Grund dieser Verordnung ist der, weil zu befürchten steht, es werde der Mündel in dem Prozesse nicht gehörig vertreten werden[272]). Betrifft der Prozeß nur den Status des Unmündigen allein, nicht auch zugleich dessen väterliche Erbschaft, so bleibt der Prozeß nach den kaiserlichen Constitutionen ebenfalls bis zur Erreichung der Pubertät ausgesetzt[273]). Auch hat der missus nach der Erreichung der Pubertät für den Prozeß noch den besonderen Vortheil, daß er, wenn er nur noch vor der Litiscontestation sich zur Leistung der Caution erbietet, als Beklagter angesehen, mithin von der Beweislast befreit wird[274]). Erfolgt aber auch dieß Anerbieten nicht, so wird der Besitz der Erbschaft auf den Kläger übertragen und der missus somit gezwungen, in diesem Prozesse die Rolle des Klägers zu übernehmen[275]). Siegt der Gegner des missus, so muß ihm natürlich die Erbschaft ausgeantwortet werden[276]), versteht sich, nach Abzug dessen, was auf die Alimente des Mündels verwendet worden ist. Unter den neueren Rechtsgelehrten herrscht großer Streit darüber, ob das Carbonianum edictum eine bloße

---

L. 6. §. 4. D. ibid. L. 1. C. 6. 17. Vergl. Rudorff a. a. O. Bd. 9. S. 44 u. 45.

264) L. 6. §. 4. D. 37. 10.
265) L. 5. §. 1 u. 2. D. 37. 10.
266) L. 5. §. 5. D. 37. 10.
267) L. 6. §. 4. D. 37. 10.
268) L. 5. §. 4. D. 37. 10.
269) L. 5. §. 2. D. 37. 10.
270) L. 1. pr. D. 37. 10. L. 3. §. 5. D. ibid.
271) L. 3. §. 8. D. 37. 10. L. 2. u. 13. D. ibid.
272) L. 1. §. 11. D. 37. 10.
273) L. 3. §. 2. D. 37. 10. L. 6. pr. D. ibid.
274) L. 6. §. 6. D. 37. 10. L. 14. D. ibid.
275) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 9. S. 44, 45.
276) L. 5. §. 3. D. 37. 10. L. 2. C. 6. 17.

Mission, oder eine wahre bonorum possessio ist[277]). Zur Entstehung dieses Streites haben die römischen Rechtsquellen selbst Veranlassung gegeben, da sie den missus für diesen Fall gewöhnlich mit dem Namen in bona missus bezeichnen[278]) und an anderen Stellen wieder von einer bonorum possessio in Bezug auf das carbonianische Edict reden[279]). Die Hauptstützen der hier angenommenen Meinung, daß sie nur eine in bona missio sei, sind folgende: a) daß derjenige, welcher die Einweisung in Folge des carbonianischen Edictes erhält, zugleich auch die ordinaria bonorum possessio agnosciren muß[280]). Eine solche doppelte Erwerbung würde aber überflüssig, ja sogar unmöglich sein, wenn die bon. poss. Carboniana eine wahre bonorum possessio wäre. b) Daß durch die Agnition der Carboniana der Hintermann desjenigen, welcher dieselbe agnoscirt hat, keineswegs gehindert wird, die ordinaria bonorum possessio zu agnosciren[281]). Die Gegner stützen sich darauf, daß dem Carbonianus possessor an einer Stelle scheinbar die ficticiae actiones, welche sonst nur dem wahren bonorum possessor zustehen, zugesprochen werden[282]), und darauf, daß dem Ersteren das Recht, die Erbschaftssachen klagweise zu verlangen, zugestanden wird[283]).

7) In bona missio, quae curatori furiosi datur. Nach dem älteren Rechte, welches zur Zeit der classischen Juristen galt, war es streitig, ob der Curator eines Wahnsinnigen eine dem letzteren angebotene bonorum possessio für denselben agnosciren könne[284]), und ob der Wahnsinnige im Stande sei, im eigenen Namen dieselbe (freilich unter Zuziehung des Curators) zu erbitten[285]). Gewöhn-

---

277) Die erste Meinung vertheidigt Löhr in Grolman's Magazin Th. III. S. 451—459. Foerster de bonorum possessione p. 215—227. Hugo, Geschichte des römischen Rechtes (11. Ausg.) S. 697. u. s. w. Die letztere Meinung war vor Löhr die herrschende, und ist in neuerer Zeit wieder vertheidigt worden von Fabricius bonorum possessio S. 168—184. Eine Mittelmeinung hat Huschke in der Recension dieser Schrift in Richter's kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 3. Jahrg. 1839. Januar S. 30 u. 31.

278) Z. B. L. 3. §. 13. D. 37. 10. Vgl. Foerster l. c. p. 216. not. 38. Löhr a. a. O. S. 452.

279) Vgl. Foerster l. c. p. 216. not. 39.

280) L. 3. §. 15. D. 37. 10.

281) L. 7. §. 8. D. 37. 10. L. 1. §. 4. D. 38. 6. Dieser Ansicht steht auch L. 12. D. 37. 10. keineswegs entgegen, wenn gleich Fabricius a. a. O. S. 174 das Gegentheil annimmt.

282) L. 4. D. 37. 10. Allein gerade diese Stelle spricht ganz deutlich von dem Falle, wo der Erwerb der ordinaria bonorum possessio neben der Carboniana möglich war.

283) L. 15. D. 37. 10. Sed ad res etiam persequendas. Allein es ist eine petitio principii, wenn man dieß Klagrecht geradezu auf die possessoriae actiones bezieht. Zudem sagen L. 20. D. 5. 2. L. 3. §. 13. D. 37. 10. ganz deutlich das Gegentheil. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 456.

284) L. 11. D. de auctoritate et consensu tutorum. (26. 8.) Const. 7. §. 3. C. de curatore furiosi. (5. 70.)

285) L. 7. §. 3. C. 5. 70.

lich half man sich damit, daß man die Erbittung im Namen des furiosus zuließ, in welchem Falle ein Decret des Prätors nothwendig gewesen zu sein scheint [286]). Deßhalb rechnen manche Juristen diesen Fall zur decretalis bonorum possessio [287]). Die Erbittung dieser bonorum possessio scheint aber das Eigene gehabt zu haben, daß man sich den Wahnsinnigen gewissermaßen als eigenen Erbitter dachte und das Decret nur als ein Mittel ansah, um ihm den Erwerb der bonorum possessio möglich zu machen [288]). Ueberhaupt ließ man den Erwerb der ordinaria bonorum possessio für den Wahnsinnigen erst dann eintreten, wenn dieser von der Krankheit geheilt ist [289]), und knüpfte daran die Folge, daß die Hintermänner des Wahnsinnigen während der Dauer seiner Krankheit nicht nöthig hatten, die zur Erbittung der bonorum possessio ihnen bestimmte Frist in Obacht zu nehmen [290]). Nur wenn der Curator des Wahnsinnigen ausdrücklich erklärt, daß er die bonorum possessio nicht erbitten werde, können die Substituten des Wahnsinnigen zur Erbittung der bonorum possessio zugelassen werden; freilich müssen sie aber Caution dafür stellen, daß die Erbschaft an die zurückerstattet werden werde, welche ein Recht darauf haben, wenn der Wahnsinnige im Wahnsinne oder nach der Genesung vor dem Erwerbe der Erbschaft versterben sollte [291]). Im Justinianischen Rechte hat diese Lehre eine andere Gestalt durch die Verfügung Justinian's erhalten, daß der Wahnsinnige im vorliegenden Falle nie selbst, nicht einmal unter Beitritt seines Curators, die ihm deferirte bonorum possessio erbitten könne, und daß der Curator des Wahnsinnigen, wenn er es für nützlich hält, die bonorum possessio, welche früherhin dem Wahnsinnigen selbst vermittelst eines Decretes ertheilt wurde, in dessen Namen agnosciren und auf diese Weise seinem Pflegling den Güterbesitz der Erbschaft verschaffen könne [292]). Dadurch wird der Wahnsinnige mit dem venter, welcher die in bona missio erlangt hat, gewissermaßen auf Eine Linie gestellt und ihm, gleichwie diesem, jedes Erbrecht abgesprochen [293]). Es scheint mithin der Wahnsinnige als ein in den Güterbesitz der Erbschaft vom Prätor Eingewiesener behandelt werden zu müssen [294]), um so mehr, da sein Vormund bei der Agnition der bonorum possessio zugleich

---

286) L. 7. §. 3. C. 5. 70. L. 2. §. 11. D. ad SC. Tertullianum. (38. 17.)

287) Z. B. Fabricius von der bonorum possessio S. 166—168.

288) L. 2. §. 11. D. 38. 17. ist wohl aus L. 7. §. 3. C. 5. 70. interpolirt. Siehe die Titelüberschrift von Dig. 37. 3.

289) L. 1. §. 5. D. de successorio edicto. (38. 9.)

290) L. 1. D. de bon. possessione furioso. (37. 3.)

291) L. 1. D. 37. 3. Thalelaeus ad Basilicorum XL. 2. ed. Fabr. tom. V. p. 341.

292) L. 7. §. 3. C. 5. 70. Vgl. Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel in seinem Magazine Bd. 3. S. 67 flg.

293) L. 2. §. 11 u. 13. D. 38. 17.

294) Dieß ist auch die Meinung von Löhr im Magazin Bd. 3. S. 62. und Fabricius bonorum possessio S. 167.

Caution dafür stellen muß, daß die Erbschaft, im Fall sein Pflegling im Wahnsinne verstirbt, an diejenigen, welche nach ihm ein Recht auf die Erbschaft haben, richtig ausgeantwortet werden werde [295]). Daraus ergibt sich, daß die Wirkung dieser Einweisung nur so lange dauert, als der Wahnsinnige überhaupt mit dem Wahnsinne behaftet ist. Stirbt er im Wahnsinne, so fallen die Güter an diejenigen, welche nach ihm den nächsten Anspruch darauf haben. Wird er von der Krankheit geheilt, so muß er eben so gut wie jeder Andere die ordinaria bonorum possessio agnosciren [296]). Nach der Stellung, welche die Gesetzstellen aus älterer Zeit in Justinians Compilation einnehmen, steht zu vermuthen, daß die zur Erbittung der bon. poss. für denselben bestimmte Frist von der Zeit an berechnet wird, wo derselbe von der Krankheit geheilt ist [297]) (ein Umstand, der natürlich auch seinen Nachmännern zu Gute kommt), und daß der Wahnsinnige seinen Nachmännern, die er, wenn er geheilt wäre, von der bonorum possessio ausschließen würde, in Bezug auf die Erbittung derselben keineswegs im Wege steht [298]).

7) **Dotis servandae causa** [299]). Man bezeichnet mit diesem Ausdrucke diejenige in bona missio, welche der Ehefrau zur Sicherung ihrer Dotalansprüche in die ganzen Güter [300]) des Mannes durch das prätorische Edict gewährt wird. Im Justin. Rechte ist sie nicht ausdrücklich aufgehoben [301]), allein sie scheint außer Gebrauch gekommen zu sein, da die Ehefrau durch die Ertheilung der stillschweigenden Hypothek wahrscheinlich mehr gesichert war, als sie es durch die Mission nur immer sein konnte. In den Pandectentiteln, welche die in bona missiones speciell behandeln, findet sich diese in bona missio nicht erwähnt. Auch im Justinianischen Codex findet sich keine Spur davon. Manche neuere Rechtsgelehrte halten sie für identisch mit der rei servandae causa in bona missio. Das wird aber schon durch die angeführten Zeugnisse der Justinianischen Pandecten widerlegt.

Heimbach.

Bonorum possessio [1]) heißt im engeren Sinne das Eintreten in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen

---

295) Thalelaeus l. c. tom. V. p. 301.
296) L. 1. in fin. D. 37. 3.
297) L. 1. D. 37. 3. L. 1. §. 5. D. 38. 9.
298) L. 1. D. 37. 3. Fragm. incertum in Basil. lib. 40. tit. 2. ed. Fabr. tom. V. p. 300.
299) L. 26. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.)
300) Bona L. 26. §. 1. D. 50. 1.
301) Die Stellen, wo sie noch vorkommt, sind L. 26. §. 1. D. 50. 1. L. 9. D. 6. 1. und vielleicht auch L. 15. §. 4. D. 44. 3.

1) Vorzüglich sind Koch, bonorum possessio, literarisches Testament nebst Commentar, Revision und Codicill, Gießen 1799. 8. und am Gründlichsten von Löhr, einige Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio in dessen und Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. III. S. 216—352. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum in dessen historischen Forschungen im Gebiete des römischen Privatrechtes, 1. Heft,

nach prätorischem Rechte [2]). Im älteren Rechte hieß sie auch hereditatis possessio [3]). In der späterhin sich mehr und mehr ausbildenden Kunstsprache ist hereditas durch bona verdrängt worden. Wer nach dem prätorischen Rechte succedirt, heißt bonorum possessor. Er wird zwar nicht Erbe (heres) im Sinne des Civilrechtes [4]), mithin auch nicht wahrer Repräsentant des Erblassers; auch gehen auf ihn nicht die dinglichen Rechte des Erblassers dem strengen Rechte nach über, er wird nicht direct Gläubiger und Schuldner, wo dieß der Erblasser gewesen ist. Doch steht er dem Erben sehr nahe und nach prätorischem Rechte wird er als Repräsentant des Erblassers behandelt [5]). Deßhalb gehen

---

Berlin 1837. mit der trefflichen Recension von Huschke in den kritischen Jahrbüchern für die teutsche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Richter und Schneider, Januar 1839. S. 1—34. Diese Schriften erläutern die allgemeinen Grundlagen der Lehre und verfolgen ihren Ursprung bis in die Zeiten der freien Republik. Monographien über einzelne Theile der bonorum possessio sind folgende: Ueber die contra tabulas bonorum possessio: Jac. Cuiacii recitationes ad titulum Dig. de contra tabulas bonorum possessione und de legatis praestandis. A. G. Foerster de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum Vratisl. 1823. G. C. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115. Bonn 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Göttingen 1831. — Für die bonorum possessio secundum tabulas ist außer den Bemerkungen von Koch, Hugo und Francke immer noch zu vergleichen Pothier Pandectae Justinianeae lib. XXXVII. tit. 11. tom. II. p. 720—725. — Am Zahlreichsten sind die Schriften über die bonorum possessio intestati. Außer Koch bon. possessio p. 257—342. vergl. Löhr, ordinaria und extraordinaria bonorum possessio in dessen und Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. III. S. 231—237. Göschen, über die bonorum possessio libertini intestati in Hugo's civilistischem Magazine Bd. 4. S. 256—358. Unterholzner, über das patronatische Erbrecht in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 5. S. 26—122. Huschke, Studien des römischen Rechtes S. 59—121. Schrader ad Justin. inst. III. 9. §. 3—6. p. 471—476. — Für die bonorum possessio intestati liberti ist noch hinzuzufügen Löhr, bonorum possessio contra tabulas liberti in dessen und Grolman's Magazin Th. 3. S. 261—280. — Die bonorum possessio parentis manumissoris haben namentlich behandelt Löhr a. a. O. Bd. 3. S. 261—280. Mayer diss. de hereditate parentis manumissoris Tubingae 1832. und besonders gut Francke de manumissorum successione spec. I. II. III. Jenae 1835. — Was den Sprachgebrauch der Rechtsquellen anbetrifft, so haben schon viele Rechtsgelehrten bemerkt, daß die bonorum possessio in der engeren Bedeutung gewöhnlich nur so, und nicht possessio bonorum genannt werde. Doch ist auch die zuletzt genannte Zusammensetzung der Worte nicht ohne Beispiel. Vgl. Macer in L. 4. §. 1. D. de officio eius, cui mandata iurisd. (1. 21.) Sonst bezeichnet possessio bonorum gewöhnlich den Güterbesitz, welcher eine Folge der in bona missio ist.

2) L. 3. §. 2. D. de bonorum possess. (37. 1.) Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus, ius persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cuiusque, cum moritur, fuit.

3) Cic. in Verr. I. 44. ad Attic. VI. 1. L. 3. §. 1. D. 37. 1. Vgl. Foerster de bon. poss. p. 6. not. 8.

4) Caius inst. III. §. 32. Iust. inst. III. 9. §. 2.

5) §. 2. J. 3. 9. Loco heredum constituuntur. L. 117. D. de regulis

alle Vortheile und Nachtheile der Erbschaft auf ihn über[6]), aber nur indirect. Denn er kann nur die utilis actio brauchen, wenn er klagt, und nur mit utiles actiones von Dritten belangt werden, wenn er durch die Annahme der bon. poss. Schuldner der Letzteren geworden ist[7]). An Sachen, welche im quiritarischen Eigenthume des Verstorbenen waren, erlangt er nur das bonitarische Eigenthum, freilich verbunden mit der Befugniß, das volle Eigenthum an denselben durch Verjährung (usucapio) zu erwerben[8]). Zur Erlangung des Besitzes von Sachen, welche von Fremden aus der Erbschaft besessen werden, hat er besondere Klagen, nämlich das interdictum quorum bonorum[9]) und die ihm erst späterhin ertheilte possessoria hereditatis petitio[10]). Der geschichtliche Ursprung der bonorum possessio ist in Dunkel gehüllt. Manche Rechtsgelehrte schreiben sie dem ius gentium zu und betrachten sie als ein Institut, welches den Römern erst durch die Bekanntschaft mit den Nachbarvölkern bekannt und später in Rom durch das prätorische Edict anerkannt worden sei. Dieser Meinung steht es entgegen, wenn von diesem Institute gesagt wird, daß es sich nur auf römische Bürger beziehe[11]). Auch ist es wenig wahrscheinlich, daß ein Institut, welches sich so eng an die hereditas anschmiegt, dem ius gentium entsprossen sei. Andere, z. B. Hugo[12]) nehmen an, daß die bon. possessio ursprünglich sich nur auf den Besitz der Erbschaftsmasse als Thatsache bezogen, mit den in bona missiones rei servandae causa in Verbindung gestanden habe und nur deßhalb eingeführt worden sei, um die letzteren soviel als möglich zu verhüten. Diese Hypothese erklärt recht gut, warum die Einführung des Institutes nicht als eine Anmaßung des Prätors betrachtet werden könne und wird auch durch ein ausdrückliches Zeugniß Justinians unterstützt[13]). Nach Löhr's[14]) Meinung lag in der Einführung dieses Institutes anfangs nur eine Begünstigung des heres, um ihn schleunigst in den Besitz der einzelnen Erbschaftssachen zu setzen und somit zu verhindern, daß ein Fremder dieselben durch Verjährung erwerbe. Ursprünglich habe sie nur den Character der in bona missiones gehabt und erst späterhin sei sie

---

iuris. (50. 17.) Wahrscheinlich wird mit den Ausdrücken loco heredum constitui, heredis loco esse auf die possessoria hereditatis petitio hingedeutet, welche man späterhin dem bon. poss. verwilligte. Dafür spricht namentlich L. 1. u. 2. D. de poss. hered. pet. (5. 5.)

6) L. 1. u. 2. pr. D. 37. 1. Vgl. Foerster l. c. p. 15. not. 18.

7) Ulpiani fr. 28. §. 12.

8) Caius inst. III. §. 80, 81.

9) Caius inst. III. §. 34.

10) L. 1. u. 2. D. 5. 5. Vergl. Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. V. S. 15—20.

11) Es ergibt sich dieß aus L. 12. §. 1. D. 37. 1. u. L. 13. D. ibid.; freilich nur durch Argumentation.

12) Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechtes bis Justinian, 11. Ausgabe, S. 551—553.

13) §. 2. J. 3. 9.

14) A. a. O. Bd. III. S. 255—257.

durch das Decret des Prätors auch anderen, nahe verbundenen Personen ertheilt worden, wenn der Erblasser ohne heres verstorben war. Daran habe sich die Ertheilung der actiones utiles geknüpft. Niebuhr [15]) erblickt in den Anfängen der bonorum possessio weiter nichts, als die Successionsform der vornehmen Römer in die possessiones, d. h. in die den Patriziern gegen Erlegung des Zehntens an die Staatscasse zur Bebauung, Besitzung und Benutzung überlassenen Theile des ager publicus populi Romani. Die neuesten Schriftsteller über die bonorum possessio [16]) setzen ihren Ursprung mit dem gerichtlichen Verfahren bei der hereditatis petitio in Verbindung und machen aus derselben eine provisorische Verfügung des den Prozeß leitenden Prätors, wodurch der Besitzstand derer, welche die Erbschaft beanspruchen, bis zum Austrage der Hauptsache regulirt worden sei.

Die allgemeinen Regeln, welche von der bonorum possessio gelten, lassen sich auf folgende Puncte zurückführen: A) Sie ist eine vom Prätor zu Gunsten gewisser Personen eingeführte Rechtswohlthat [17]) und kann mithin Niemand gegen seinen erklärten Willen ertheilt werden [18]), vielmehr muß sich der, welcher dazu berechtigt ist, ausdrücklich und auf die gehörige Weise dazu melden [19]). Von dem, welcher sich dazu meldet, wird der Ausdruck petere bonorum possessionem gebraucht; vom Prätor, der sie ertheilt, bonorum possessionem dare; nach der Ertheilung aber heißt es von dem, der sie erhalten hat, bonorum possessionem impetrare, agnoscere, admittere. In den früheren Zeiten mußte sie mit feierlichen Worten und von dem Prätor erbeten werden [20]), doch setzte Constantin der Große fest, daß sie auf jede Weise und selbst von den Municipalmagistraten (duoviri) erbeten werden könnte [21]), und dieß wird in Justinians Institutionen als geltendes Recht vorgetragen [22]); freilich mit Worten, welche so allgemein gefaßt sind, daß sie die wohl unrichtige Meinung veranlaßt haben, als reiche auch eine außergerichtliche Erklärung zum Erwerbe der bonorum possessio hin [23]). Damit aber eine solche Erbittung von Wirkung sei,

---

15) Röm. Geschichte Bd. 2. S. 173.

16) Dernburg, Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente, (1821.) S. 191—214. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio bis zum Aufhören des ordo iudiciorum privatorum S. 17—48. Er gründet diese Meinung auf Plin. hist. nat. VII. 4. u. Cic. in Verrem I. 44—46. Siehe dagegen Huschke in den kritischen Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 3. Jahrg. Januar, S. 3—11.

17) Caius inst. III. §. 34.

18) Invito autem nemini bonorum possessio acquiritur. L. 3. §. 3. D. de bonorum possessionibus. (37. 1.)

19) L. 4. D. 37. 1. L. 2. pr. D. 37. 11. Vergl. Löhr in Grolman's und seinem Magazine Bd. 3. S. 228. Note 3.

20) Theoph. inst. III. 9. §. 7. ed. Reitz tom. I. p. 600. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 286.

21) L. 9. C. qui admitti ad bonorum possessionem (6. 9.)

22) §. 7. J. 3. 9.

23) Theoph. III. 9. §. 7. ed. Reitz tom. I. p. 600. erklärt die Worte der Institutionen aus den *βασιλικαὶ διατάξεις*, und das enthält wahrscheinlich eine

mußte sie zur gehörigen Zeit und von der gehörigen Person angebracht sein. Zur gehörigen Zeit, d. h. innerhalb der vom Prätor zur Erbittung festgesetzten Frist. Diese Fristen betrugen für die Eltern und die Kinder des Erblassers ein Jahr, für alle Anderen 100 Tage[24]), und dieser Zeitraum wird nach den Grundsätzen, welche von den dies utiles gelten, berechnet[25]). Der Anfang der Frist lief von dem Zeitpuncte an, wo die zur Erbittung berechtigten Personen dieselbe erbitten konnten[26]). Bloßer Rechtsirrthum entschuldigt nicht[27]). Wurde ein postumus erwartet, so lief die Frist erst von dessen Geburt an[28]). Wer innerhalb der Frist die bonorum possessio nicht agnoscirt hat, der wurde als gar nicht dazu berechtigt angesehen und sein Erbtheil fiel entweder den Uebrigen, welche aus derselben Classe die bon. poss. agnoscirt hatten, iure accrescendi zu, oder es kam, wenn Niemand aus der früheren Classe agnoscirt hatte, mit Ausschluß der früheren die folgende daran[29]). Was die Personen, welche die bonorum possessio erbitten können, anbetrifft, so ist in der Regel nur der dazu berechtigt, welcher ausdrücklich im Edicte berufen ist; für den Pupillen und den Wahnsinnigen konnte sie der Vormund, sei er Tutor oder Curator, erbitten[30]). Die Repudiation, d. h. die Erklärung, daß man von der bonorum possessio keinen Gebrauch machen wolle, vernichtet sofort jeden Anspruch auf die bonorum possessio für die in Frage stehende Classe, nicht aber für die folgenden[31]). Ein Pupill kann unter Beitritt seines Vormundes repudiiren, während der Vormund es für den Pupillen keineswegs thun kann[32]). Ist die Repudiation einmal erklärt, so kommen gleich die folgenden Classen daran und es wird nicht gewartet, bis die Frist ganz abgelaufen ist[33]). Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß in der bonorum possessio keine Transmission des Rechtes,

---

Beziehung auf L. 9. C. 6. 9. Vgl. über diese Controverse Koch bonorum possessio p. 66 sq.

24) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.) Ulp. fr. 28. §. 10 u. 11. §. 4. J. 3. 9.

25) §. 5. J. 3. 9.

26) Ulp. fr. 28. §. 10.

27) L. 10. pr. D. 37. 1. L. 1. §. 1. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.)

28) L. 2. C. de bonorum possessione contra tabulas. (6. 12.) L. 7. C. 6. 9.

29) L. 3. §. 9. D. 37. 1. L. 4. u. 5. D. ibid. L. 2. pr. D. 37. 11. L. 12. pr. D. 37. 4. L. un. C. quando non petentium. (6. 10.) Vergl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 229.

30) L. 8. D. 37. 1. L. 11. D. de auctoritate et consensu. (26. 8.) L. 1. §. 4. D. de successorio edicto. (38. 9.) L. 7. C. 6. 9. L. 2. C. de contra tabulas bon. poss. (6. 12.) L. 18. §. 4. C. de iure deliberandi. (6. 30.)

31) L. 3. §. 9. D. 37. 1. L. 4. u. 5. D. ibid. L. 2. pr. D. 37. 11. L. 1. §. 11. D. 38. 9. L. 1. §. 3. D. 38. 6.

32) L. 8. D. 37. 1. L. 1. §. 4. D. 38. 9. Daraus ist zu erklären die scheinbar widersprechende L. 11. D. 26. 8.

33) L. 1. §. 6. D. 38. 9. §. 5. J. 3. 9.

die bon. poss. zu erbitten, auf die Erben des Berufenen stattfindet[34]). Doch half man den Erben des Verstorbenen durch die decretalis bon. possessio in den Fällen, wo nach dem Civilrechte eine Transmission der Erbschaft eintritt[35]). B) Zwei ihrem Grunde nach verschiedene bonorum possessiones können nicht neben einander in einer und derselben Erbschaft unabhängig von einander bestehen. Dieser wahrscheinlich aus der Untheilbarkeit der Erbschaft entlehnte Grundsatz zeigt sich namentlich in folgenden Wirkungen: α) daß der, welchem der Erwerb der bonorum possessio in einer früheren Classe noch möglich ist, das Recht aller späteren auf die bonorum possessio suspendirt; mithin kann sie diesen weder deferirt, noch von ihnen agnoscirt werden, so lange jene Möglichkeit fortdauert[36]); β) daß, wenn Mehrere zusammen berufen sind, und nur Einige von ihnen von ihrem Rechte Gebrauch machen, der Antheil derer, welche die bon. poss. nicht erbeten haben, denen, welche sie erbeten haben, iure accrescendi zuwächst[37]); γ) daß zwei verschiedene Arten der bonorum possessio zu derselben Erbschaft zugleich nicht deferirt werden können[38]); δ) daß, sobald eine Art der bonorum possessio giltig ertheilt ist, alle anderen im Edicte vorher oder nachher erwähnten Arten der bon. possessio von selbst wegfallen. C) Die bonorum possessio ist ein für sich bestehendes und auf eigenthümlichen Grundsätzen beruhendes Institut des prätorischen Rechtes, welches sich von der civilrechtlichen hereditas namentlich durch seine Grundlage unterscheidet[39]). Denn während die hereditas eine wirkliche Repräsentation des Verstorbenen begründete, wurde der bonorum possessor nur als Repräsentant desselben behandelt. Possessorische Rechtsmittel gingen dem heres bis zu den Zeiten Hadrian's gänzlich ab, während der bonorum possessor dieselben im weitesten Umfange genoß. Die hereditas war ihrer äußeren Erscheinung nach an strenge, starre, unveränderliche Formen gebunden, während die auf dem Gewohnheitsrechte beruhende bonorum possessio sich bemühte, auf die Sitte und die jedesmaligen Umstände Rücksicht zu nehmen. Durch das alljährlich sich verjüngende Edict wurde derselben ein Lebenskeim zu Theil, der sich im Laufe der Zeiten zu einem großen Ganzen entwickelt hat. Die civilrechtliche Intestaterbfolge beruhte auf Suität, Agnation, Patronatrecht und Gentilität und nur in den Fällen des SC. Tertullia-

---

34) L. 4. D. 37. 1. L. 2. pr. D. 37. 11.

35) L. 4. §. 3. u. L. 5. D. 37. 4.

36) Ulp. fr. 28. §. 5—11. L. 1. §. 2. D. 38. 6. L. 3. D. ibidem. Für die einzelnen Classen in der intestati bonorum possessio sind beweisend L. 2. pr. D. unde legitimi. (38. 7.) L. 1. §. 6—8. D. 38. 8. L. 42. §. 2. D. 38. 2. Vgl. Löhr im Magazine Th. III. S. 229. und Foerster de bonorum possessione p. 320—322.

37) L. 3. §. 9. D. 37. 1. L. 4. u. 5. D. ibid. L. 2. pr. D. 37. 11. L. 12. pr. D. 37. 1. L. un. C. 6. 10.

38) So Löhr im Magazine Th. II. S. 453. Beweisend sind für diesen Satz L. 2. pr. D. 37. 11. L. 1. §. 2. D. 38. 6.

39) Vgl. die trefflichen Bemerkungen von Löhr im Magazine Th. III. S. 335—346.

num und Orfitianum auf natürlicher Verwandtschaft (cognatio). Die prätorische Intestaterbfolge suchte die Cognation auch neben und nach der Agnation geltend zu machen. Das civilrechtliche Notherbenrecht beschränkte sich auf die Suität und nur in den Fällen der querela inofficiosi wurden auch Eltern und Geschwister des Verstorbenen berücksichtigt, während die bonorum possessio contra tabulas die Cognation zur Grundlage des prätorischen Notherbenrechtes erhob. Endlich gibt es eine Reihe von einflußreichen Instituten, welche durch und neben der bonorum possessio eingeführt worden sind und noch im spätesten Rechte im innigsten Zusammenhange mit derselben stehen. Dahin gehört das sogenannte prätorische Testament, die Collation u. s. w. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, was es für eine Bedeutung habe, wenn von der bonorum possessio gesagt wird, daß sie eingeführt sei, um das Civilrecht in seinen Lücken auszufüllen, es zu unterstützen und zu verbessern [40]); ein Ausspruch, welcher nach anderen Stellen den Instituten prätorischen Ursprunges im Allgemeinen angepaßt wird [41]).

Eintheilungen der bonorum possessio sind: 1) Bonorum possessio cum re und sine re. Mit jenem Ausdrucke bezeichnet man den Fall, wenn der, welcher die bonorum possessio agnoscirt hat, die Erbschaft definitiv und für immer behalten kann [42]); mit diesem deutet man auf den Fall, wenn der, welchem die bonorum possessio ertheilt worden ist, von einem Anderen nach dem ius civile gezwungen werden kann, ihm die Erbschaft auszuantworten. Hat z. B. Jemand die bonorum possessio intestati in der Classe unde liberi agnoscirt, während ein heres aus dem Testamente vorhanden ist, so ist der zuerst genannte bonorum possessor sine re [43]). Tritt hingegen der im Testamente eingesetzte Erbe, welcher nicht zur bonorum possessio contra tabulas berechtigt ist, die ihm angebotene Erbschaft an, so haben die emancipirten Kinder des Erblassers, welche die bonorum possessio contra tabulas agnoscirt haben, gegen den Ersteren eine bonorum possessio cum re. Beide Kunstausdrücke werden von Ulpian [44]) auf das definitive Behalten der Erbschaft (effectus), welches durch res angedeutet wird, bezogen; obschon es wahrscheinlicher zu sein scheint, daß res in dieser Zusammensetzung die Erbschaft selbst be-

---

40) Theoph. inst. III. 9. pr. u. §. 1. ed. Reitz tom. I. p. 588—590.

41) L. 7. §. 1. D. de iustitia et iure. (1. 1.) pr. J. 3. 10. Huschke versteht unter der bon. poss. adiuvandi vel confirmandi iuris civilis causa data nicht eine von den übrigen ganz verschiedene, blos prozessualische, sondern eine ihnen materiell und formell ganz homogene bon. poss., die sich von den übrigen nur dadurch unterschied, daß sie dem heres ertheilt wurde und durch ein schnelleres strengeres Rechtsmittel die Besitzerlangung unterstützte. Siehe die kritischen Jahrbücher a. a. O. S. 14.

42) Caius inst. III. §. 35—39. Ulp. fr. 28. §. 13. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 281—303.

43) Caius inst. III. §. 36.

44) Ulp. fr. 28. §. 13.

zeichnet[45]). 2) Bonorum possessio necessaria und utilis. Diese erst von den neueren Rechtsgelehrten erfundenen Kunstausdrücke bezieht man gewöhnlich auf das subjective Verhältniß desjenigen, welcher die bon. possessio agnoscirt hat, zu der Erbschaft. Wenn nämlich ein heres die ihm zugleich deferirte bonorum possessio agnoscirt, so heißt dieselbe bon. poss. utilis, und er erlangt dadurch nur das Recht, das interdictum quorum bonorum zu brauchen[46]). Ist hingegen der, welcher die bonorum possessio agnoscirt hat, nicht nach dem Civilrechte zur Erbschaft berufen, so heißt die bon. poss. necessaria, weil er ohne dieselbe gar kein Erbrecht haben würde. Ein Beispiel der necessaria gibt das edictum unde vir et uxor an die Hand. Wollte man diese Eintheilung der bonorum possessio als richtig anerkennen[47]), so würde man sie allerdings mit Koch[48]) auf die edictalis bonorum possessio, nicht aber auf die decretalis beziehen müssen. Hugo[49]) schlägt an ihrer Statt die Eintheilung der bon. possessio in mere praetoria und non mere praetoria vor. Im Justinianischen Rechte muß jene Eintheilung um so eher unnütz erscheinen, da schon Arcadius und Honorius jedem heres, auch wenn er nicht die bonorum possessio agnoscirt hat, die Befugniß ertheilt haben, das interdictum quorum bonorum zu gebrauchen[50]). 3) Bonorum possessio edictalis und decretalis. Mit jenem erst von den neueren Rechtsgelehrten erfundenen Kunstausdrucke bezeichnet man die bon. poss., welche aus den Worten des prätorischen Edictes deferirt wird und zu deren Agnition kein besonderes Decret des Prätors erforderlich ist[51]). Als Beispiel dient die bon. poss. contra tabulas, welche den emancipirten, im Testamente ihres Vaters präterirten Kindern angeboten wird. Mit dem Ausdrucke decretalis bonorum possessio bezeichnet man die bonorum possessio, zu deren Erwerbung ein besonderes Decret des Prätors erforderlich ist[52]). Sie wird durch das Decret selbst deferirt und kann mithin nicht repudiirt werden[53]), und hat das Eigenthümliche, daß sie nur pro tribunali ertheilt werden kann, weil sie eines Decretes bedarf[54]), und daß in das zu ihrer Erbittung

---

45) Aehnlich sind die Ausdrücke rem habere, rem obtinere, rem auferre, welche häufig in bestimmter Beziehung auf die Erbschaft und die Ansprüche auf dieselbe gebraucht werden. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 281.

46) Caius inst. III. §. 34. Paulus in Collat. legum Mosaic. tit. 16. cap. III. §. 5.

47) Koch bonorum possessio p. 221. bezieht sich zur Rechtfertigung des Ausdruckes necessaria bon. poss. auf §. 4. J. 3. 9., doch ganz ohne Grund.

48) A. a. O. S. 220.

49) De bonorum possessione §. 24.

50) L. 1. C. Theod. quorum bonorum. (4. 21.) L. 3. C. quorum bonorum. (8. 2.) Eine Spur der Interpolation findet sich in L. 1. C. ibid. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 337.

51) Vgl. Koch a. a. O. S. 62 flg.

52) Vgl. Löhr a. a. O. Th. II. S. 437—450.

53) L. 1. §. 7. D. de successorio edicto (38.9.), wo sich auch der Ausdruck decretalis bonorum possessio findet.

54) L. 3. §. 3. D. 37. 1.

festgesetzte utile tempus nur die Sessionstage (dies sessionum) eingerechnet werden [55]). Ueber die Fälle, welche zur decretalis bonorum possessio zu rechnen sind, herrscht unter den neueren Rechtsgelehrten Streit [56]). Koch rechnet dahin nur die Carboniana bonorum possessio, die ventris nomine und die, welche dem furiosus ertheilt wird. Seitdem aber Löhr gezeigt hat, daß die Carboniana bon. poss. zu den in bona missiones gehöre und kein Erbrecht gebe [57]), hat sich immer mehr und mehr die Ansicht verbreitet, daß auch die zuletzt genannten zwei Fälle nicht in die Kategorie der bonorum possessiones, sondern in die der in bona missiones gehören. Nach der unstreitig richtigen Ansicht ist ein Decret des Prätor bei der Ertheilung der bonorum possessio in folgenden Fällen erforderlich: α) wenn Jemand zwar nach dem Geiste des Edictes, nicht aber nach den Worten desselben zur bonorum possessio berufen ist. Dieß tritt ein bei dem Enkel, welchen der Großvater bei der Emancipation seines Sohnes in seiner väterlichen Gewalt zurückbehalten hat, wenn der Letztere nach der Emancipation Kinder gezeugt hat und diese bei seinem Tode annoch lebten, in Bezug auf das Vermögen seines leiblichen, emancipirten Vaters [58]); beim Sohne eines in Adoption Gegebenen, den sein Vater nach dem Tode seines Adoptivvaters emancipirt hat, wegen des Vermögens seines natürlichen Großvaters [59]); und bei dem emancipirten Kinde in Rücksicht auf das Vermögen seines natürlichen Vaters, der sich nach geschehener Emancipation hatte arrogiren lassen und so in eine fremde Familie gekommen war [60]). β) Wenn derjenige, welcher zur Zeit noch keine bonorum possessio agnosciren kann, dieselbe zum Schutze seines Erbrechtes im Voraus erhielt. Dieß findet in dem Falle statt, wenn es überhaupt noch ungewiß ist, ob eine wirkliche Erbschaft vorhanden sei [61]), oder welche Art der bon. possessio agnoscirt werden müsse [62]). Denn in beiden Fällen ertheilt der Prätor öfters, wenn Gründe der Billigkeit vorliegen, die bon. possessio durch ein Decret im Voraus zum Schutze des künftigen wirklichen Erbrechtes. γ) Wenn nach classischem Pandectenrechte Transmission der Erbschaft stattfindet und die bonorum possessio dem Erben des Erben, welcher bei seinen Lebzeiten die Erbschaft nicht

---

55) L. 2. §. 1. D. quis ordo in poss. servetur. (38. 15.)

56) Vgl. Koch bonorum possessio Bd. 2. §. 6. S. 75—83. Löhr bonorum possessio decretalis a. a. O. S. 437—450.

57) Vgl. Löhr, die bonorum possessio ex edicto Carboniano ist eine missio in possessionem a. a. O. Bd. 2. S. 451—459. S. dagegen Huschke a. a. O. S. 27—32.

58) L. 4. D. de coniungendis cum emancipato liberis. (37. 8.) Das Decret erwähnt aber eine andere Stelle nicht L. 5. §. 1. D. si tabulae test. nullae extabunt, unde liberi. (38. 6.)

59) L. 14. § 1. D. de contra tabulas bon. poss. (37. 4.)

60) L. 14. §. 1. D. 37. 4. L. 3. §. 9. D. ibid. L. 17. D. ibid.

61) L. 1. §. 1. D. ad SC. Tertullianum. (38. 17.)

62) L. 84. D. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.) L. 4. §. 3. D. 37. 4.

erworben hat, ertheilt wird[63]). 4) Bonorum possessio ordinaria und extraordinaria. Der Begriff der bon. poss. ordinaria hat in den römischen Rechtsquellen zwei ganz verschiedene Bedeutungen: in der einen Beziehung bezeichnet dieser Ausdruck jede ein Erbrecht gebende bonorum possessio im Gegensatze der Carboniana[64]); in der anderen Beziehung bezeichnet er eine jede von den gewöhnlichen Classen der bonorum possessio intestati[65]), im Gegensatze der bonorum possessio quibus ex legibus. Der Kunstausdruck extraordinaria bon. poss., welcher in den römischen Rechtsquellen sich gar nicht vorfindet[66]), wird von den neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich gebraucht, um die bon. possessio quibus ex legibus und andere bon. poss., welche keiner bestimmten Classe angehören, zu bezeichnen. Bonorum possessio quibus ex legibus heißt aber die generelle, am Ende des prätorischen Edictes über die bonorum possessiones[67]) hinzugefügte Clausel, worin der Prätor verspricht, daß, sowie er durch einen Volksschluß oder einen Senatsbeschluß ermächtigt werde, einer bestimmten Person in einem bestimmten Falle die bonorum possessio zu ertheilen, er diesem Befehle nachkommen wolle (Praetor ait: uti me quaque lege, SC. bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo)[68]). Dazu reicht es nicht hin, daß die lex oder das SC. nur die hereditas nenne; vielmehr muß ausdrücklich in der Rechtsquelle die bonorum possessio erwähnt worden sein[69]). Diese bon. poss. gehört keiner bestimmten Classe zu[70]) und kann mithin neben der bon. possessio ordinaria bestehen, so daß durch den Erwerb der letzteren die Delation und der Erwerb der ersteren nicht ausgeschlossen wird[71]). Aus den Justinianischen Rechtsbüchern ist uns kein sicheres Beispiel einer lex oder eines SC. aufbehalten worden, welches die bon. possessio ausdrücklich deferirte[72]); nur Isidor[73]), welcher offenbar aus einer alten Quelle geschöpft, hat ein solches Beispiel bei dem interneciei iudicium, wo der Ankläger, wenn er siegte, die bon. possessio in die Güter des Verurtheilten agnosciren konnte. Dieß nach Hugo's[74]) Vermuthung, welcher auch Löhr beigetreten ist. In den Justinianischen Institutionen tritt zur bonorum possessio quibus ex legibus noch die

---

63) L. 5. D. 37. 4. L. 12. D. 37. 10.

64) L. 5. §. 3. D. de legatis praestandis. (37. 5.) L. 3. §. 14—16. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 234.

65) §. 6 u. 7. J. 3. 9.

66) Er ist aus §. 7. J. 3. 9. gebildet, wo es von der bon. poss. quibus ex legibus heißt: (praetor) quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegerit, accommodavit.

67) §. 7. J. 3. 9.

68) L. 1. pr. D. uti me quaque lege. (38. 14.)

69) L. 1. §. 2. D. 38. 14. L. 2. §. 4. D. unde legitimi. (38. 17.) L. 3. D. ibid. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 238. Note 1.

70) §. 7. J. 3. 9.

71) L. 1. §. 1. D. 38. 14.

72) Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 238—249.

73) Origin. lib. V. cap. 26.

74) Lehrbuch der Geschichte des römischen Privatrechtes S. 604.

constitutio principis als Rechtsquelle hinzu[75]); ein Zusatz, welcher in den Pandecten fehlt und darauf zu deuten scheint, daß die hier erklärte allgemeine Clausel des prätorischen Edictes in einer Zeit entstanden sei, in welcher man die Constitutionen der Kaiser noch nicht kannte. 5) Bonorum possessio ex testamento und intestati. Jenes ist eine solche, welche dann stattfindet, wenn ein zu Recht bestehendes Testament vorliegt und ohne dasselbe nicht gedacht werden kann[76]); zu dieser Classe rechnet man die bonorum possessio contra und secundum tabulas. Liegt kein zu Recht bestehendes Testament vor, so wird die bonorum possessio intestati, welche wiederum in einzelne Classen zerfällt, eröffnet.

Rangordnung der bonorum possessiones. Die bonorum possessio, welche allen übrigen vorgeht und zugleich alle folgenden ausschließt, ist die bonorum possessio contra tabulas[77]), d. h. die, welche geradezu gegen den Inhalt des zu Recht bestehenden Testamentes ertheilt wird. Sie ist nach der Meinung mancher neueren Juristen unter allen bonorum possessiones die jüngste, da sie Cicero neben der bonorum possessio secundum tabulas und intestati nicht erwähnt, und das an einer Stelle, wo er das ganze prätorische Edict über die bonorum possessiones erläutert[78]). Doch kann sie auch nicht viel jünger sein, da sie bereits im ersten Jahrhunderte nach Christus als ein ausgebildetes Institut erscheint. Indeß gibt auch Fabricius[89]) zu, daß wenigstens für den suus heres schon zu Cicero's Zeiten eine contra tab. bon. poss. existirt haben müsse, und nicht nur kommt die gewöhnliche contra tab. bon. poss. der liberi bei Labeo als etwas Bekanntes und schon mit einer Ausdehnung vor[80]), sondern auch das Carbonianum edictum existirte schon zur Zeit der sinkenden Republik und über die in bona missio ventris nomine werden Meinungen des Labeo[81]) und selbst des Servius[82]) erwähnt; beide Institute scheinen aber die Existenz der contra tab. bon. poss. und unde liberi vorauszusetzen, dessen nicht zu gedenken, daß auch die contra tab. bon. poss. des übergangenen Patrons schon damals bestand[83]). Die Bedingungen, unter welchen die gewöhnliche contra tab. bon. poss. ertheilt wird, sind folgende: a) es muß ein Testament des Erblassers vorliegen, welches entweder nach dem ius civile oder nach dem ius praetorium besteht[84]). Der Zeitpunct, nach welchem man

---

75) §. 7. J. 3. 9.
76) §. 3. J. 3. 9.
77) Scil. testamenti. Von ihr heißt es auch contra lignum est L. 19. D. 37. 4.
78) In Verrem lib. I. 44—46. Vergl. Fabricius von der bonorum possessio p. 25—40.
79) A. a. O. S. 34 u. 93. Siehe Huschke a. a. O. S. 17, 18.
80) L. 8. §. 11. D. 37. 4.
81) L. 1. §. 28. D. de ventre in poss. (37. 9.)
82) L. 1. §. 24. D. ibid.
83) Cic. in Verr. I. 48.
84) L. 4. D. 37. 4. L. 19. D. ibid. Sufficiat extitisse tabulas mor-

die Existenz eines solchen Testamentes beurtheilt, ist die Todeszeit des Erblassers[85]). Darauf kommt freilich nichts an, ob die Erbschaft aus einem solchen Testamente wirklich vom Erben angetreten, oder die bonorum possessio secundum tabulas erbeten worden ist. 2) Es muß eine zur Erbittung der bonorum possessio berechtigte Person vorhanden sein. Zuerst scheint der Prätor nur die präterirten sui heredes gegen das Testament ihres Vaters oder Großvaters durch die Ertheilung dieser bonorum possessio geschützt zu haben[86]), damit, wenn der im Testamente eingesetzte Erbe auch Ansprüche auf die Erbschaft mache, er doch nicht den Besitz der Erbschaft durch die secundum tabulas bonorum possessio erlangen könne. Was von sui heredes galt, ward auch auf die Nachkinder (postumi) bezogen[87]). Dabei war auch kein Unterschied zwischen leiblichen und Adoptivkindern und solchen, welche auf andere Weise sui heredes geworden sind[88]). Den sui sind in dieser Beziehung vom Prätor im Laufe der Zeiten auch andere Personen gleichgesetzt worden. Dahin gehören a) die emancipirten leiblichen Kinder des Erblassers und überhaupt alle diejenigen leiblichen Descendenten, welche, wenn das Factum der Emancipation nicht vorläge, sui heredes des Erblassers sein würden. Sie werden in derselben Ordnung berufen, in welcher sie nach dem Civilrechte zur Erbschaft berufen worden wären[89]). Es wird nämlich angenommen, daß die Emancipation in so weit vom Prätor rescindirt werde, als dieß den im Edicte berufenen Personen nützlich ist[90]). Bei der Anwendung dieser Fiction entscheidet die Todeszeit des Erblassers. Mithin werden alle diejenigen ausgeschlossen, welche mit Hilfe der Fiction zum angegebenen Zeitpuncte nicht sui heredes sein würden[91]), namentlich die Adoptivkinder des Sohnes[92]), die Enkel von einer Tochter des Erblassers, alle emancipirten Adoptivkinder desselben[93]) und alle leiblichen Sohneskinder, welche nach der Emancipation ihres Vaters in der Gewalt ihres Großvaters verblieben sind und mit ihrem Vater beim Testamente ihres Großvaters con-

---

tis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secundum eas bonorum possessio peti potuit. Vgl. Foerster de contra tabulas bon. poss. p. 310.

85) L. 4. pr. D. 37. 4. L. 19. D. ibid.

86) L. 1. pr. u. §. 6. D. 37. 4. Francke, Notherbenrecht S. 122.

87) L. 1. §. 2 u. 5. D. 37. 4. L. 4. §. 3. D. ibid. Vgl. Foerster l. c. p. 149.

88) L. 1. pr. D. 37. 4. L. 1. §. 6. D. unde liberi. (38. 6.)

89) L. 1. §. 1. D. 37. 4. Daher Enkel vom Sohne nur eine Portion erhalten. L. 11. §. 1. D. 37. 4. Allgemein sprechen L. 3. pr. u. L. 6. pr. D. 37. 4. von den Kindern der emancipirten Söhne. Vgl. Fritz in Löhr's Magazin Th. 4. S. 255—264.

90) L. 3. §. 5. D. 37. 4. L. 6. §. 1. D. 37. 1. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 225.

91) L. 3. §. 3. D. 37. 4. L. 3. §. 7. D. ibid. L. 3. D. de coniungendis cum emancipato. (37. 8.)

92) L. 21. §. 6. D. 37. 4.

93) L. 1. §. 6. D. 37. 4. L. 3. §. 2. D. ibid.

curriren[94]): die Letzteren deßhalb, weil sie durch die Wiederaufhebung der Emancipation ihres Vaters das Recht der sui heredes verlieren[94a]). Doch ist dieß späterhin durch den Juristen Salvius Julianus dahin abgeändert worden, daß sie, wenn sie nicht im Testamente enterbt sind[95]), zugleich mit ihrem leiblichen emancipirten Vater zur bonorum possessio beim Testamente des Großvaters zugelassen werden. Der Theil des prätorischen Edictes, welcher diesen Grundsatz ausspricht, heißt in der Kunstsprache edictum de coniungendis cum emancipato liberis (Dig. 37. 8.), caput edicti, quod a Juliano introductum est (L. 3. D. ibid.), bei den Neueren öfters nova clausula Juliani. Der bloßen Emancipation wird auch der Fall gleichgeachtet, wenn die Befreiung von der väterlichen oder großväterlichen Gewalt durch eine vom Vater oder Großvater vorgenommene Hingabe an Kindesstatt (datio in adoptionem) erfolgt ist[96]), freilich mit der allgemeinen im Fall der Emancipation und Adoption gleichförmig eintretenden Beschränkung, daß, wenn zur Zeit der Delation der bonorum possessio die berufene Person in Folge der geschehenen Adoption annoch Mitglied einer anderen Familie ist, ihr Anspruch auf die bonorum possessio als nicht vorhanden angesehen wird; eine Beschränkung, welche natürlich auch von den Kindern solcher Adoptivkinder verstanden werden muß, wenn sie nach der Adoption geboren worden sind[97]). Man drückt dieß durch die Rechtsregel aus: adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia est. Der Zeitpunct, auf welchen man bei der Anwendung dieser Regel zu sehen hat, ist der der Delation der bonorum possessio; doch wird zugleich darauf gesehen, daß dieser Zustand zur Zeit, wo die bonorum possessio erbeten wird, annoch fortdauere[98]).
b) Die Enkel von einem Sohne, welche in der großväterlichen Gewalt nach der Emancipation ihres Vaters verblieben sind, in Bezug auf das Testament ihres leiblichen, nach der Emancipation verstorbenen Vaters, selbst dann, wenn der Großvater, in dessen Gewalt sie sich befinden,

---

94) L. 1. pr. D. 38. 7.

94a) §. 10—12. J. de hereditatibus, quae ab intestato. (3. 1.)

95) L. 5. D. 37. 8.

96) Caius inst. II. §. 136, 137. Ulp. fr. 28. §. 8. §. 4. J. de exheredat. liberor. (2. 13.) §. 10—12. J. 3. 1. L. 3. §. 6. D. 37. 4. L. 6. §. 4. D. ibid.

97) L. 6. §. 4. D. 37. 4. Nur in zwei Fällen findet diese Regel keine Anwendung: a) wenn die Adoptivfamilie mit der des Erblassers durch die Rescission der Emancipation identisch wird. L. 3. §. 7. D. 37. 4. L. 2. §. 6. D. ad SC. Tertull. (38. 17.) b) wenn die Adoptivkinder vom leiblichen Vater, dessen Erbschaft in Frage steht, zur Adoption gegeben und von ihm im Testamente zu Erben eingesetzt worden sind. Vgl. L. 8. §. 11—14. D. 37. 4. L. 11. pr. D. ibid. L. 1. §. 12. D. de ventre in possessionem mittendo. (38. 7.) Dieß freilich nur unter der Voraussetzung, daß ein anderer noch vorhanden ist, welcher die contra tab. bon. poss. erbittet, und daß der eingesetzte Erbe, wenn die Adoption nicht erfolgt wäre, suus heres des Erblassers sein würde. L. 13. §. 1. D. 37. 4.

98) L. 3. §. 6. D. 37. 4. Vgl. Foerster de contra tabulas bonorum possessione p. 160. not. 37.

annoch lebt[99]). c) Alle diejenigen, welche durch Erlangung des Bürgerrechtes einen Anspruch auf die Güter ihrer verstorbenen Eltern oder Großeltern, den sie vorher nicht hatten, erhalten haben[100]), den sie aber nach dem Civilrechte deßhalb nicht realisiren können, weil sie vom Kaiser bei der Ertheilung der civitas nicht zugleich auch unter die potestas ihrer Eltern oder Großeltern gebracht worden sind. Mit diesen drei Classen ist indeß die Zahl der vom Prätor den sui gleichgestellten Descendenten des Erblassers keineswegs geschlossen[101]); vielmehr deutet eine Stelle Ulpian's[101a]) darauf hin, daß noch andere Descendenten, welche ohne Emancipation von der väterlichen Gewalt befreit worden sind, diese bonorum possessio beanspruchen können. Am Einfachsten denkt man hier wohl an Personen, wie der Flamen dialis, welche, wie Cajus[102]) und Ulpian[103]) bezeugen, sofort ohne capitis deminutio aus der väterlichen Gewalt heraustreten. Vom Standpuncte der Justinianischen Gesetzgebung aus könnte man auch geneigt sein, die fragliche Stelle von den Bischöfen, Consuln und Präfecten zu verstehen, welche bekanntlich ohne capitis deminutio aus der väterlichen Gewalt heraustreten[104]). 3) Der, welcher die bon. poss. erbittet, muß im Testamente, gegen welches er spricht, weder zum Erben eingesetzt, noch in demselben gehörig enterbt sein[105]). Was die Erbeinsetzung anbelangt, so muß sie, wenn sie die contra tab. bon. poss. aufheben soll, namentlich auf den gestellt sein, welcher sonst zur bon. poss. berechtigt wäre[106]). Bedingte Erbeinsetzungen beurtheilt man nach den Regeln, die im Civilrechte von denselben gelten, freilich mit der Beschränkung, daß, wenn die in Frage stehende Person unter einer casuellen Suspensivbedingung zum Erben eingesetzt worden ist, sie stets die bonorum possessio secundum tabulas nachsuchen muß, und dennoch, wenn die Suspensivbedingung nicht in Erfüllung geht, soviel von der Erbschaft zu behalten berechtigt ist, als sie durch die contra tab. bon. poss. erhalten haben würde[107]). Ueberhaupt ist dem eingesetzten Erben nur in dem einzigen Falle das Nachsuchen der contra tab. bon. poss. gestattet, wenn irgend ein Anderer vorhanden

---

99) L. 7. D. 37. 4. L. 16. D. ibid. L. 21. pr. D. ibid. Vgl. L. 5. §. 1. D. si tabulae testam. nullae. (38. 6.) L. 6. D. ibid.: Stellen, welche zwar von der bon. possessio intestati sprechen, aber auch deßhalb für unseren Fall beweisen, weil die Classe unde liberi in der bon. poss. intestati gerade dieselben Personen enthält, welche zur contra tab. bon. poss. gerufen werden. L. 1. §. 6. D. 38. 6.

100) Ulpianus in der Collat. legum Mos. tit. 16. §. 7. Als Commentar dazu dient Caius inst. III. §. 20. I. §. 93. 94.

101) §. 3. J. 3. 9.

101a) L. 1. §. 6. D. 37. 4.

102) Caius comm. I. §. 130.

103) Ulp. fr. 10. §. 5.

104) Nov. 81. cap. 2.

105) §. 12. J. 3. 1. Vgl. L. 3. §. 11. D. 37. 4. Enterbte Kinder werden nicht einmal dann zugelassen, wenn Andere da sind, welche die bon. poss. nachsuchen können. Vgl. L. 10. §. 5. D. 37. 4. L. 8. pr. u. §. 1 u. 4. D. ibid.

ist, welcher dieselbe in Anspruch zu nehmen berechtigt ist[108]). Dabei ist es gleichgiltig, ob der Letztere dieselbe bereits agnoscirt hat oder nicht[109]). Falls der Letztere sie nicht agnoscirt, so wird der im Testamente eingesetzte Erbe so behandelt, als ob er nicht die contra tabulas, sondern die secundum tabulas bonorum possessio erhalten hätte[110]). Zur Giltigkeit der Enterbung erfordert der Prätor a) daß sie bei Descendenten männlichen Geschlechts nominatim, bei anderen Descendenten inter caeteros geschehe[111]). Späterhin setzte Justinian fest, daß alle Descendenten nominatim enterbt sein müßten[112]). b) Daß die Enterbung in der Absicht vorgenommen worden sei, um den Enterbten als eine Person, die auf Enterbung Anspruch hat, von der Erbschaft auszuschließen[113]). c) Daß sie ohne Suspensivbedingung geschehen sei[114]). d) Daß sie in Bezug auf alle im Testamente eingesetzten Erben ausgesprochen sei[115]). Falls sie sich nur in Bezug auf einen gradus heredum beschränkt, so gilt sie auch nur für diesen, und wenn die Erben des folgenden Grades daran kommen, kann der Enterbte immer noch die bonorum possessio nachsuchen[116]). 4) Der, welcher die bon. poss. agnoscirt, darf die Giltigkeit des Testamentes, gegen welches er sie erbittet, noch nicht anerkannt haben[117]). Denn wer den Willen des Erblassers ausdrücklich oder stillschweigend gut geheißen hat, von dem wird angenommen, daß er die contra tab. bon. poss. repudiirt habe[118]). Auch stillschweigend geschieht dieß durch concludente Handlungen, z. B. durch Einmischung in die Erbschaftsverwaltung, durch Anerkennung der im Testamente ausgesetzten Legate und Fideicommisse, durch Gebrauch der exceptio doli gegen den Erben des Vaters, wenn derselbe den zur bon. poss. Berechtigten wegen einer dem Erblasser geschuldeten Summe verklagt u. s. w.[119]). Die Wirkung der einmal agnoscirten contra tab. bon. poss. ist die, daß der letzte Wille, gegen den sie ertheilt wird, zusammenfällt (defuncti iudicium rescinditur)[120]).

---

108) L. 3. §. 11. D. 37. 4.

109) L. 10. §. 6. D. 37. 4. L. 4. §. 3. D. ibid.

110) L. 14. pr. D. de legatis praestandis. (37. 5.) L. 15. §. 1. D. ibid. vgl. mit L. 8. §. 14. D. 37. 4.

111) Caius inst. II. §. 135. Ulp. fr. 22. §. 23. L. 10. §. 5. D. 37. 4. Nach diesen Stellen ist ihnen jeder Anspruch auf die contra tab. bon. poss. entzogen, wenn sie richtig enterbt sind. Vgl. L. 8. §. 2. D. 37. 4.

112) L. 4. C. de liberis praeteritis. (6. 28.) §. 5. J. de exheredatione liberorum. (2. 13.)

113) L. 8. §. 8. D. 37. 4. vgl. mit L. 8. §. 7, 9 u. 10. D. ibid.

114) L. 18. pr. D. 37. 4.

115) L. 8. §. 3. D. 37. 4.

116) L. 8. §. 1. D. 37. 4.

117) L. 14. pr. D. 37. 4. L. 15. D. ibid. L. 5. §. 2. D. 37. 5.

118) L. 15. D. 37. 4.

119) Vergl. die in den letzten zwei Noten angeführten Stellen und dazu L. 10. §. 3. D. 37. 4. L. 3. §. 10, 15 u. 16. D. ibid. Francke, über Anerkennung letztwilliger Dispositionen im Archiv für civil. Praxis, Bd. 15. S. 182 flg.

120) L. 1. pr. D. de legatis praestandis. (37. 5.) Aehnlich in L. 4.

Doch erstreckt sich diese Rescission des Testamentes nur auf die Theile desselben, von welchen der Prätor nicht namentlich erklärt hat, daß er sie dessen ungeachtet aufrecht erhalten werde. Aufrecht erhalten werden 1) die Pupillarsubstitution und alle auf derselben ruhenden Legate [121]). 2) Jede Erbeinsetzung, welche Eltern oder Kinder des Erblassers betrifft; freilich mit der Beschränkung, daß, wenn der solchen Personen hinterlassene Erbtheil größer ist, als ihr Kopftheil betragen würde, der erstere auf den Betrag des letzteren herabgesetzt wird, während in dem Falle, wenn der Kopftheil mehr beträgt, als der im Testamente hinterlassene Erbtheil betragen würde, nur auf den letzteren gesehen werden soll [122]). 3) Alle Legate, welche namentlich [123]) den exceptae personae, d. h. den im Edicte de legatis praestandis ausdrücklich namhaft gemachten Personen im Testamente hinterlassen sind. Dahin gehören die Adscendenten und Descendenten des Erblassers [124]) jeglichen Alters und Geschlechtes und die Frau und Schwiegertochter desselben, wenn ihnen etwas anstatt ihrer dos vermacht worden ist [125]). Der Frau freilich nur unter zwei Voraussetzungen: erstlich, daß die Ehe, für welche die dos bestellt war, zur Todeszeit des Erblassers noch bestehe und erst durch dessen Tod getrennt werde [126]); zweitens, daß die dos dem Erblasser wirklich inferirt worden ist [127]). Die Schwiegertochter kann das Legat freilich auch nur unter der Voraussetzung, daß sie eine dos habe, beanspruchen [128]). Dagegen nimmt man bei ihr es weniger streng mit der Trennung der Ehe; denn man gesteht ihr die Klage gegen die Erben des Erblassers auch dann zu, wenn überhaupt ein Fall vorliegt, welcher sie berechtigt, auch während der Ehe ihre dos zurückzufordern [129]). Alle anderen Personen, welche nicht besonders im Edicte erwähnt sind, heißen in der Kunstsprache extranei und haben gar keinen Anspruch auf die ihnen hinterlassenen Legate, außer in folgenden einzelnen Fällen: a) wenn sie ihnen hinterlassen sind, damit sie dieselben den Eltern oder Kindern des Erblassers aushändigen [130]); b) wenn der im Testamente eingesetzte Erbe die

---

C. 6. 28. vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur.

121) L. 34. §. 2. D. de vulgari et pupill. subst. (28. 6.)

122) L. 5. §. 6 u. 7. D. 37. 5. Diese Beschränkung gilt auch vom Fall unter Nr. 3. L. 7. D. 37. 5. Vgl. Foerster de bon. poss. p. 420. Mit Ausnahme der Frau und Schwiegertochter des Erblassers. Vgl. L. 8. §. 5. D. 37. 5.

123) L. 3. §. 2. D. 37. 5. Vorausgesetzt wird dabei, daß solche Legate den Grad betreffen, welcher durch die bon. poss. umgestoßen wird. L. 10. §. 2. L. 11. D. 37. 5.

124) L. 1. pr. u. §. 1. D. 37. 5. Dasselbe gilt auch von den an solche Personen gemachten mortis causa donationes. L. 3. pr. D. 37. 5. Vergl. Foerster de bonorum possessione p. 407—427.

125) L. 1. pr. D. 37. 5. L. 8. §. 5. D. ibid. L. 9. D. ibid.

126) L. 10. §. 1. D. 37. 5.

127) L. 15. §. 3. D. 37. 5.

128) L. 15. §. 3. D. 37. 5.

129) L. 10. §. 1. D. 37. 5.

130) L. 3. §. 5 u. 6. D. 37. 5.

contra tab. bon. poss. agnoscirt, weil ein Anderer vorhanden ist, welcher dieselbe erbitten kann, und dieser sie nicht agnoscirt [131]). Dagegen werden folgende im Testamente ausgesetzte Legate ungiltig: a) Legate, wodurch einem Sclaven des Erblassers die Freiheit ertheilt wird [132]). Doch bleiben solche Legate aus besonderer Begünstigung giltig, wenn der im Testamente eingesetzte Erbe die Erbschaft bereits angetreten hat [133]). b) Legate, welche dem hinterlassen sind, der die contra tabulas bon. possessio agnoscirt hat [134]). Dasselbe gilt auch von Fideicommissen und mortis causa donationes, welche dieser Person hinterlassen sind. c) Legate, welche Eltern und Kindern des Erblassers hinterlassen sind, unter der Bedingung, daß sie dieselbe an extranei aushändigen [135]). Zu diesem Behufe werden dem Legatar die Klagen abgeschlagen (actiones denegantur). d) Legate, welche in einem Testamente hinterlassen sind, in dem ein suus heres, welcher die contra tabulas bon. poss. agnoscirt hat, präterirt worden ist [136]). Denn dieser wird dann als Intestaterbe behandelt und braucht deßhalb gar keine Legate auszuzahlen. Was die Vertheilung der Masse anbetrifft, die bei der contra tabulas bonorum possessio stattfindet, so ist es eine allgemeine Regel, daß sie unter denen, welche zu derselben berufen sind, ganz nach denselben Regeln, wie dieß in der civilrechtlichen Intestaterbfolge der Fall ist [137]), verwirklicht werde. Fällt einer der Berufenen weg, so wächst seine Portion den Anderen zu [138]); denn es gilt hier das Anwachsungsrecht. Enterbte Kinder werden nicht mit gerechnet [139]). Im Falle die Kinder des emancipirten Sohnes, welche in der großväterlichen Gewalt bei der Emancipation ihres Vaters zurückgeblieben sind, zugleich mit demselben nach dem edictum de coniungendis cum emancipato liberis zur contra tabulas bon. poss. ihres Großvaters berufen werden, so zerfällt der Theil der Erbschaft, welcher auf den emancipirten Sohn kommen würde, wenn er in der väterlichen Gewalt des Erblassers geblieben wäre, in zwei gleiche Hälften, deren eine der emancipirte Vater erhält; die andere wird nach Köpfen unter die mit ihm concurrirenden Kinder vertheilt [140]). Concurriren solche Enkel noch mit anderen Personen, so müssen sie zusammen im

---

131) L. 14. pr. D. 37. 5. L. 15. §. 1. D. ibid.

132) L. 23. D. 37. 5.

133) L. 8. §. 2. D. ibid. Vgl. Foerster de contra tab. bon. poss. p. 378 sq.

134) L. 5. §. 2. D. ibid. L. 18. §. 1. D. 37. 4. Vgl. Foerster l. c. p. 380.

135) L. 3. §. 4. D. 37. 5.

136) L. 15. pr. u. 16. D. 37. 5. L. 17. D. de iniusto, rupto. (28. 3.) L. 1. §. 9. D. si tabulae testam. nullae. (38. 6.) Vergl. Foerster l. c. p. 438—446.

137) L. 8. §. 14. D. 37. 4. L. 13. §. 2. D. ibid.

138) L. 3. §. 9. D. de bon. possessionibus. (37. 1.)

139) L. 8. pr. D. 37. 4. L. 10. §. 4 u. 5. D. ibid.

140) L. 1. pr. u. §. 11. D. 37. 8. L. 5. pr. D. 38. 7. Vgl. Foerster l. c. p. 270—272.

Zweifel so viel erhalten, als ihr emancipirter Vater wirklich bekommt [141]). Frauen, welche diese bon. poss. erhalten, konnten nach einem Rescripte des Kaisers Antoninus nicht mehr von der Erbschaft behalten, als sie vermöge des Einwachsungsrechtes (accrescendi ius) nach dem Civilrechte erhielten [142]), doch hat Justinian diese Beschränkung aufgehoben [143]). Es ist aber eine allgemeine Verpflichtung der emancipirten Kinder, welche diese bon. poss. agnosciren, ihren Brüdern, welche in der väterlichen Gewalt des Erblassers geblieben sind, zu versprechen, daß sie alle Güter, welche sie durch die Emancipation erworben und zur Todeszeit des Erblassers annoch wirklich haben, conferiren [144]); freilich unter der allgemeinen Voraussetzung, daß sie die sui heredes durch ihre Dazwischenkunft in ihrem Erbtheile beschränken [145]), und daß die Letzteren, zu deren Gunsten die Collation geschieht, selbst die bon. poss. agnoscirt haben [146]). Wenn das edictum de coniungendis cum emancipato liberis in Frage kommt, so müssen die emancipirten Kinder, welche mit ihren Söhnen concurriren, auch zu der den Letzteren zukommenden Erbportion conferiren [147]). Fragt man, wer im Zweifel die Legate zu entrichten habe, so muß geantwortet werden, daß diese Verpflichtung im Zweifel Allen denen obliege, welche die contra tab. bon. poss. agnoscirt haben [148]). Nur die präterirten sui heredes, welche, wenn sie diese bon. poss. nicht agnoscirt hätten, die Erbschaft ab intestato haben würden, gehen ganz frei aus [149]); desgleichen die emancipirten Kinder des Erblassers, wenn sie mit einem solchen suus heres concurriren [150]). Es bedarf nach dem Gesagten wohl kaum einer Hindeutung darauf, daß die contra tab. bon. poss. bei Testamenten von Weibern nicht stattfinden kann, weil sie keine Gewalt über ihre Kinder haben und diese mithin ihnen nicht sui heredes sein können [151]); daß ferner Tochterkinder die contra tab. bon. poss. gegen das Testament ihres Großvaters von mütterlicher Seite nicht agnosciren können, weil sie keine sui heredes desselben sind [152]); und daß die contra. tab. bon. poss. ein eignes, von der bonorum possessio intestati ganz verschiedenes Institut ist [153]). — Die zweite der Rangordnung des prätorischen Edictes

---

141) L. 1. §. 3. D. 37. 8.

142) Caius inst. II. §. 125, 126. L. 4. C. 6. 38. Kaiser Justinian spricht in dieser Constitution nur von der filiafamilias, während Cajus von allen Descendenten weiblichen Geschlechtes redet.

143) L. 4. C. 6. 28.

144) Ulp. fr. 28.. §. 4. L. 3. §. 3. D. de collatione. (37. 6.)

145) L. 1. §. 3—5. D. 37. 6.

146) L. 1. §. 1. D. 37. 6. L. 1. §. 8. D. ibid. Vgl. Foerster l. c. p. 357—368.

147) L. 1. pr. D. 37. 8. L. 5. pr. D. 38. 6.

148) L. 1. pr. D. 37. 5. L. 14. §. 1. D. ibid. L. 15. §. 1. D. ibid.

149) L. 15. pr. D. 37. 5.

150) L. 15. pr. D. 37. 5. L. 16. pr. D. ibid. L. 6. D. ibid.

151) L. 4. §. 2. D. 37. 4. Vgl. Foerster l. c. p. 143.

152) Vgl. Foerster l. c. p. 143.

153) §. 3. J. 3. 9. zählt sie zu den bonorum possessiones ex testamento,

nach in Frage kommende bonorum possessio ist die secundum tabulas oder, wie sie auch heißt, adversus tabulas testamenti [154]). Sie tritt nur unter der Bedingung ein, daß Niemand aus der vorhandenen Classe vorhanden ist, welcher von seinem Rechte, die contra tab. bon. poss. zu agnosciren, binnen der gehörigen Zeit Gebrauch gemacht hat, und daß es gewiß ist, daß Niemand vorhanden sei, der von diesem Rechte annoch Gebrauch machen könnte [155]). Sie wird allen im Testamente zu Erben eingesetzten Personen deferirt [156]), freilich nur unter folgenden Voraussetzungen: a) daß ein schriftliches Testament vorliege (denn aus einem mündlichen Testamente konnte erst seit den Zeiten Gordian's diese bon. poss. erbeten werden [157])). b) Daß dieses Testament in Gegenwart von sieben Zeugen gefertigt und von ihnen untersiegelt worden sei [158]). In den früheren Zeiten verlangte der Prätor wohl nur soviel Siegel von Zeugen, als das Civilrecht zur Giltigkeit des Testamentes erforderte [159]). c) Daß dieß das letzte, neueste Testament sei [160]). Doch wird der Begriff der supremae tabulae nur relativ, d. h. in Bezug auf die Nichtexistenz eines späteren Testamentes gebraucht; keineswegs soll aber damit angedeutet werden, daß ein anderes Testament vorhergegangen oder das in Frage stehende zur Todeszeit des Erblassers gemacht sein müsse. d) Daß dieses Testament wenigstens zur Todeszeit des Erblassers vorhanden gewesen sei [161]). Die Folgezeit wird nicht berücksichtigt; mithin kommt darauf nichts an, ob es späterhin vernichtet oder durchstrichen worden ist. e) Daß im Testamente der Name des Erben klar und deutlich geschrieben und nicht ausgelöscht, nicht durchstrichen sei [162]). f) Daß der Erblasser testamenti factio zur Zeit, wo

---

während L. 17. C. de collationibus (6. 20.) sagt, daß sie gewissermaßen iure intestatae successionis die emancipirten Kinder in Schutz nehme. Am Einfachsten erklärt sich dieser Ausdruck mit Foerster l. c. p. 382. dann, wenn man die Erbtheilung in dieser bon. poss. berücksichtigt.

154) Ulp. fr. 28. §. 1.

155) Ulp. fr. 28. §. 5. L. 2. pr. D. de bonorum possessione secundum tabulas. (37. 11.)

156) §. 3. J. 3. 9. Ulp. fr. 28. §. 5.

157) L. 2. C. de bon. poss. sec. tab. (6. 11.)

158) Ulp. fr. 28. 5. L. 7. D. 57. 11. §. 2. J. de testam. ordinandis. (3. 10.) L. 2. C. 6. 11.

159) Cic. in Verrem II. 1. cap. 45. Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oporteat, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Doch deutet Huschke a. a. O. S. 23 diese Stelle Cicero's auf die lex Cornelia testamentaria. (Cic. in Verr. I. 42. collat. VIII. 2. 7. L. 1. D. de publ. iud. (48. 1.)) Vgl. Huschke Flavii Syntrophi donationis instrumentum p. 52. Savigny erklärt die Worte e lege durch iure. Vgl. Savigny, Beitrag zur Geschichte der röm. Testamente in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1. S. 86.

160) L. 1. §. 1. D. 37. 11. Non autem omnes tabulas praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas.

161) L. 1. §. 2. D. 37. 11. L. un. D. si tabulae testamenti exstabunt. (37. 2.)

162) L. un. D. 37. 2.

er das Testament errichtet hat, und zur Zeit, wo er gestorben ist, gehabt habe [163]). Nur in den Fällen, wo ein früher gemachtes Testament auch dann nach dem ius civile aufrecht erhalten wird, wenn der Erblasser zur Todeszeit die testamenti factio verloren hat, kann auch die bonorum possessio daraus agnoscirt werden [164]). Dieß ist der Fall bei dem, welcher nach Errichtung eines giltigen Testamentes wahnsinnig geworden ist oder zum Verschwender erklärt wird. g) Daß der eingesetzte Erbe bei der Agnition der bonorum possessio davon unterrichtet sei, daß das Testament vorhanden und er darin zum Erben eingesetzt sei [165]). Wirkliche Vorzeigung der Tafeln an den Prätor wird nicht verlangt [166]). Die Delation der secundum tab. bon. poss. geschieht nach der im Testamente bestimmten Ordnung und nach den in demselben genannten Erbtheilen [167]). Zuerst kommen die eingesetzten Erben daran, nachher die substituirten u. s. w. Selbst unter einer Suspensivbedingung eingesetzte Erben können vor Erfüllung der Bedingung die bonorum possessio agnosciren [168]). Freilich behalten sie in der Regel die Erbschaft nicht, sobald die Erfüllung der Suspensivbedingung aus irgend einem Grunde unmöglich wird, sie müßten denn zu der Classe von Personen gehören, welche die contra tab. bon. poss. agnosciren oder in der nächsten Classe der bon. poss. intestati zur Succession kommen können [169]); denn in diesen zwei Fällen behalten sie die Erbschaft für immer. In allen anderen Fällen, wo diese Ausnahme nicht eintritt, konnte der bon. possessor vom Substituten gezwungen werden, ihm dafür Caution zu stellen, daß er, im Falle die Bedingung nicht in Erfüllung gehe, ihm die Erbschaft aushändigen werde [170]). Legate und Fideicommisse, welche in einem Testamente hinterlassen sind, aus welchem die sec. tab. bon. poss. erbeten wird, sind giltig [171]). Aus diesem Theile des prätorischen Edictes schreibt sich das sogenannte prätorische Testament her, welches in den Constitutionen späterer Kaiser häufig dem testamentum iure civili conditum entgegentritt [172]). Doch

---

163) L. 1. §. 8. D. 37. 11.
164) L. 1. §. 9. D. 37. 11.
165) L. 1. §. 4. D. 37. 11.
166) L. 1. §. 2. D. ibid. In früheren Zeiten verlangte man wirkliche Vorzeigung der Testamentsurkunde vor dem Prätor. Cic. in Verr. II. 1. c. 45: Et tabulae testamenti — ad me proferentur. Vergl. Huschke a. a. O. S. 23.
167) L. 2. §. 2—4. D. 37. 11.
168) L. 5. pr. D. 37. 11. L. 11. D. ibid. L. 2. §. 1. D. ibid. Dasselbe gilt vom dies incertus L. 23. pr. D. de heredibus instituendis. (28. 5.)
169) L. 11. pr. D. 37. 4. L. 3. §. 13. D. ibid. Vgl. Löhr im Magazin a. a. O. Th. III. S. 287 flg. Fabricius über die bon. possessio S. 64—66.
170) L. 8. pr. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.) L. 12. D. qui satisdare cogantur. (2. 8.)
171) L. 12. pr. D. de iniusto, rupto. (28. 3.)
172) Die erste Spur eines solchen Gegensatzes findet sich bei Paulus in der Collatio legum Mosaicarum tit. 16. §. 3. Vergl. Fabricius a. a. O. S. 125. Note 168.

ist es wohl unrichtig, wenn manche neuere Rechtsgelehrten daraus eine selbstständige Gattung von Testamenten gemacht haben. Besondere, nur dieses Testament betreffende Grundsätze sind folgende: a) daß darin schon nach altem Rechte ein postumus alienus zum Erben eingesetzt werden konnte[173]). Nach dem ius civile war dieß unmöglich, bis Justinian auch diese Beschränkung aufhob. b) Daß die bonorum possessio auch aus einem testamentum iniustum, ruptum und irritum factum gestattet wird, wenn nur der Erblasser zur Todeszeit römischer Bürger und sui iuris war[174]). In diesen Fällen war die bonorum possessio vom Anfang an sine re[175]), so lange noch Jemand vorhanden war, welcher iure civili Erbe war[176]). Denn dieser konnte in jedem Falle dem bon. poss. die Erbschaft entziehen, bis nach einem von Cajus erwähnten Rescripte des Kaisers Antoninus[177]) der Grundsatz entschieden festgestellt wurde, daß solche bonorum possessores aus einem testamentum iniustum sich gegen die civilrechtlichen Intestaterben mit der exceptio doli mali schützen könnten. Dadurch wurde ihre bonorum possessio zur bon. poss. cum re. Für den Fall des testamentum iniustum ist die bon. poss. im angegebenen Falle cum re, wenn die nuncupatio testamenti oder die mancipatio familiae fehlt, oder die Erblasserin, welche in der Tutel stand, aber nicht in der ihres Patrons oder Vaters, das Testament ohne Einwilligung des Tutor gemacht hat[178]); außerdem aber noch dann, wenn in irgend einem test. iniustum die nächsten Intestaterben eingesetzt sind[179]). Für den Fall des testamentum ruptum ist diese bon. poss. cum re, wenn der in demselben präterirte postumus zwar geboren, aber noch bei Lebzeiten des Erblassers verstorben ist[180]). Endlich beim testamentum irritum tritt dieselbe Wirkung ein, wenn die nächsten Intestaterben darin eingesetzt sind[181]). — Ist auch die secundum tab. bon. poss. von Niemand agnoscirt worden, so wird die bon. poss. intestati eröffnet. Der Prätor hat hier mehrere Classen von Personen namhaft gemacht, welche zusammen zur Erbschaft berufen werden. Dieß, um zu verhüten, daß

---

173) Caius inst. II. §. 242, 282. pr. J. 3. 9. L. 3. D. 37. 11. Vgl. Schrader zu Justinians Instit. II. 20. §. 28.

174) Caius inst. II. §. 147. Ulp. fr. 23. §. 6, 28. §. 5. Ist er inzwischen arrogirt oder adoptirt, vor seinem Tode aber wieder sui iuris geworden, so bedarf es zur Giltigkeit eines solchen Testamentes nach prätorischem Rechte einer ausdrücklichen Bestätigung von Seiten des Erblassers L. 11. §. 1. D. 37. 11.

175) Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 103—107. Huschke a. a. O. S. 21—24.

176) Caius II. §. 148, 149. Ulp. fr. 23. §. 6. Dieß bezieht sich nicht allein auf die Intestaterben, sondern auch auf die, welche aus einem früheren oder späteren Civiltestamente Erben geworden sind. Caius II. §. 148, 149. vgl. mit II. §. 119.

177) Caius II. §. 120—122.

178) Caius II. §. 119—121. Ulp. fr. 28. 6.

179) L. 12. pr. D. 28. 3.

180) L. 12. pr. D. 28. 3.

181) L. 12. pr. D. 28. 3.

die Güter des Verstorbenen erblos [182]) und die Gläubiger der Erbschaft zu lange hingehalten würden [183]). Diese einzelnen Classen nennen die Pandectenjuristen und Justinian gradus [184]), der Letztere auch kurzweg bonorum possessiones [185]), und der Theil des prätorischen Edictes, in welchem die Classen verzeichnet waren, wird mit dem Worte caput bezeichnet [186]). Ulpian [187]) zählt sieben solcher Classen, Kaiser Justinian aber acht [188]). Die Differenz in der Zahl erklärt sich dadurch, daß Ulpian den gradus unde decem personae nicht mit rechnet, während Justinian daraus die dritte Classe gemacht hat. Die einzelnen Classen werden in den Pandecten [189]) mit den Worten unde liberi, unde legitimi, unde cognati etc. bezeichnet, was elliptisch gesagt ist anstatt pars edicti, unde liberi veniunt. Die erste, mit unde liberi bezeichnete Classe enthält alle sui heredes des Erblassers und die, welche ihnen durch das prätorische Edict gleichgestellt worden sind [190]). Dahin werden alle diejenigen Personen gerechnet, welche zur contra tabulas bon. poss. berufen werden [191]). Selbst die in der Gewalt des Großvaters bei der Emancipation ihres Vaters zurückgebliebenen Enkel können nach der von Julian aufgestellten Edictsclausel bei der Beerbung ihres Großvaters mit ihrem leiblichen Vater concurriren [192]). Auch für die Adoptivkinder des Erblassers [193]) und die entweder von demselben in Adoption gegebenen oder arrogirten Kinder [194]) desselben gelten die nämlichen Grundsätze, wie bei der contra tab. bon. poss. Der allgemeine Name für alle in dieser Classe berufenen Personen ist liberi [195]). Auch die Theilung der Erbschaft geschieht in dieser Classe nach denselben Regeln, wie in der civilrechtlichen Intestaterbfolge, nur mit der Beschränkung, daß in den Fällen, wo das Edict de coniungendis cum emancipato liberis Platz ergreift, auch die für diesen Fall besonders vorgeschriebenen Regeln beobachtet werden müssen. — Die zweite, mit unde legitimi bezeichnete Classe umfaßt alle diejenigen Personen, welche schon nach dem

---

182) §. 2. J. 3. 9.

183) L. 1. pr. D. de successorio edicto. (38. 9.)

184) L. 1. §. 1. D. unde liberi. (38. 6.) L. 5. D. unde cognati. (38. 8.) L. 1. §. 1. D. 38. 15. §. 2. J. 3. 9.

185) §. 2. J. 3. 9.

186) L. 5. C. qui admitti ad. bon. poss. (6. 9.)

187) Ulp. fr. 28. §. 7.

188) §. 3. J. 3. 9.

189) Dig. 38. 6—8. Vgl. L. 1. C. 6. 14.

190) Ulp. fr. 28. §. 1. §. 3. J. 3. 9.

191) L. 1. §. 5. D. 38. 6.

192) L. 5. pr. D. 38. 6. L. 3. §. 6. D. de collatione. (37. 6.) L. 9. D. ibid.

193) L. 1. §. 6. u. L. 4. D. 38. 6.

194) §. 10. J. de hereditatibus, quae ab intestato. (3. 1.) L. 9. D. 38. 6.

195) L. 1. §. 6. D. 38. 6. L. 4. D. ibid.

Civilrechte ein Intestaterbrecht haben[196]), ohne Unterschied, ob dieß auf den zwölf Tafeln, oder einem neueren Gesetze oder Senatusconsulte beruht[197]). In dieser Classe wurden also nicht allein die Agnaten berufen, sondern wahrscheinlich auch die gentiles, späterhin auch die Mutter, inwiefern sie ein Intestaterbrecht nach dem SC. Tertullianum, und die Kinder von Frauen, inwiefern dieselben durch das SC. Orfitianum ein Erbrecht in die Güter ihrer verstorbenen Mutter erhalten haben. Auch kommen in dieser Classe wiederum alle sui zur Succession[198]) und zwar in der Eigenschaft als legitimi heredes; ja sie schließen sogar alle anderen Agnaten von selbst aus, weil sie die nächsten Intestaterben des Verstorbenen sind. Die Erfordernisse, welche das Gesetz von der Agnation verlangt, werden nicht nach der Todeszeit des Erblassers beurtheilt, sondern nach dem Zeitpuncte, wo die bon. possessio zuerst aus dieser Classe erbeten werden kann[199]). Agnaten werden aus jedem Grade zugelassen, sie mögen so weit mit dem Erblasser verwandt sein, als sie nur wollen[200]). Fällt der nähere Agnat weg, so rückte im alten Rechte, wo keine successio, oder wie die Neueren sagen, successio graduum galt, gleich der ordo cognatorum nach[201]). Im neueren Rechte hingegen kommen beim Wegfall des nächsten Agnaten die entfernteren daran, und erst wenn alle Agnaten wegfallen, folgt der ordo cognatorum. Diese Classe hat vor der vorigen das voraus, daß, während die Classe unde liberi nur bei Erbschaften von Männern vorkommen kann, weil nur sie sui heredes haben können, die Beschränkung bei der Classe unde legitimi aufhört[202]). Denn auch wenn die Erblasserin eine Frau war, kann die Classe vorkommen. — In der dritten Classe, welche Ulpian[203]) mit Stillschweigen übergeht und an einem anderen Orte mit den leiblichen Verwandten des Freilassers (cognati manumissoris) in Verbindung bringt[204]), und Theophilus[205]) mit dem Kunstausdrucke unde decem personae bezeichnet, wurden zehn Personen von den nächsten leiblichen Verwandten des Verstorbenen berufen, welchen der Prätor vor dem extraneus manumissor, d. h. demjenigen, welcher eine freie Person (liberum caput)

---

196) L. 2. §. 4. D. 38. 7.

197) L. 2. §. 4. D. 38. 7. L. 3. D. ibid.

198) L. 2. §. 1. D. 38. 7. L. 5. §. 1. D. ibid. L. 1. §. 10 u. 11. D. 38. 9. L. 4. §. 1. D. 38. 15. Die Pandectenjuristen nehmen hier die Fiction sibi ipsum succedere zu Hilfe und räumen den sui auch hier alle Privilegien, z. B. die jährige Frist zur Erbittung der bonorum possessio ein.

199) L. 1. u. 4. D. 38. 7.

200) L. 9. pr. D. unde cognati. (38. 8.) §. 5. J. de successione cognatorum. (3. 5.)

201) Caius inst. III. §. 28. §. 7. J. 3. 2. Cajus stellt die Sache noch als streitig dar. Die Veranlassung zum Streite lag wohl in den zu allgemein gefaßten Worten des prätorischen Edictes. L. 1. §. 10. D. 38. 9.

202) L. 2. §. 1. D. 38. 7.

203) Ulp. fr. 28. §. 7.

204) Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 9. §. 1 u. 2. (Ulp. inst.)

205) Paraphr. III. 9. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 592.

von deren Vater zum mancipium erhalten und dieselbe durch Freilassung sui iuris gemacht hat, im Edicte den Vorzug gegeben[206]). Denn obschon der manumissor ein gesetzliches Erbrecht in die Güter des Verstorbenen hatte und insofern, als er dem Patron gleichgesetzt wurde, allen anderen Verwandten (cognati) der von ihm freigelassenen Person vorging, so hielt es doch der Prätor für billig, die nächsten Cognaten durch die bonorum possessio zu unterstützen, damit die Rechte und Befugnisse der natürlichen Verwandtschaft nicht zu sehr durch Rechtssubtilitäten beeinträchtigt würden[207]). Die zehn im Edicte namhaft gemachten Personen sind die Adscendenten und Descendenten und Seitenverwandten des Erblassers bis zum zweiten Grade, also die Eltern, die Großeltern, Kinder, Enkel und die Geschwister. Streitig ist es, wer hier als Gegensatz des extraneus manumissor zu denken sei, ob überhaupt nur der parens manumissor, oder jede von den genannten zehn Personen, welche die Freilassung des liberum caput vollführt[208]). Die gewöhnliche Meinung entscheidet sich für den parens manumissor; die richtige aber, welche sich auf das Zeugniß der turiner Glosse zu den Institutionen stützt[209]), bezieht den Gegensatz auf die zuletzt genannten Personen. Im Justinianischen Rechte, wo der extraneus manumissor nicht mehr vorkommt, ist auch die Classe unde decem personae verschwunden[210]). — In der vierten Classe, welche mit dem Namen unde cognati[211]) bezeichnet wird, wurden die leiblichen Verwandten des Erblassers nach der Nähe des Grades zur Erbschaft berufen. Diese zuerst vom Prätor verwirklichte[212]) Berücksichtigung der natürlichen Verwandtschaft ist schon zu Cicero's Zeiten vorhanden gewesen[213]) und durch das Edict an folgende Erfordernisse geknüpft worden: a) daß die Verwandtschaft sich nicht aus der Sclaverei herschreibe[214]); b) daß sie entweder durch Zeugung oder durch Adoption entstanden sei[215]); c) daß sie nicht durch eine maxima oder media capitis deminutio erloschen sei[216]); d) daß der zur bonorum possessio Berufene innerhalb der Grade mit dem Erblasser verwandt sei, auf welche der Prätor die Cognations-

---

206) Ulp. in Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 9. §. 3. Theoph. III. 9. §. 3. p. 592 sq.

207) Collatio leg. Mos. tit. 16. cap. 9. §. 3. Ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret.

208) Vgl. Schrader ad Just. Inst. III. 9. §. 3. p. 471 b.

209) Bei Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter Th. 2. S. 460.

210) Theoph. l. c. p. 592.

211) Dig. 38. 8.

212) L. 1. pr. D. 38. 8.

213) Cic. pro Cluentio Avito cap. 60. §. 165. cap. 15. §. 45. Vergl. Fabricius a. a. O. S. 52—54.

214) L. 1. §. 2. D. 38. 8.

215) L. 1. §. 4. D. 38. 8.

216) L. 7. D. 38. 8.

rechte beschränkt hat [217]). Die im Edicte genannten Verwandtschaftsgrade sind die ersten sechs; aus dem siebenten werden nur zwei Personen berufen, nämlich der sobrino et sobrina natus [218]) et nata. Die gewöhnliche Meinung, welche sich auf das Zeugniß des Theophilus [219]) gründet und auch durch die Analogie der lex Julia unterstützt wird [220]), versteht darunter die Söhne oder Töchter von Andergeschwisterkindern und bezieht es nur auf die einfache Verwandtschaft, während nach der anderen Meinung [221]) an eine doppelte Verwandtschaft zu denken ist, d. h. an die Kinder, welche zwei Andergeschwisterkinder zu Eltern haben. Diese Beschränkung des prätorischen Edictes ist dem Inhalte älterer Volksschlüsse nachgebildet und wird noch in den Justinianischen Rechtsbüchern als geltendes Recht vorgetragen. In dieser Classe erbten nicht allein die leiblichen Kinder, sondern auch die Adoptivkinder [222]); selbst uneheliche, freilich nur in Beziehung auf ihre Mutter und deren Verwandte [223]) und umgekehrt; auch die Agnaten konnten in dieser Classe wieder zugelassen werden, freilich nur, inwiefern sie die Rechte der Cognation geltend machen [224]). Die Berufung zur bon. possessio geschah nach den Worten des Edictes nach der Nähe der Grade der Verwandtschaft. Der Nähere schloß den Entfernteren aus [225]). Waren Mehrere aus Einem Grade berufen, so konnten sie Alle die bon. poss. erbitten [226]). Die Nähe des Grades beurtheilte man nach dem Zeitpuncte, wo die bon. poss. deferirt wurde [227]). Agnoscirt aber der Nähere die bon. poss., so sind die späteren Verwandtschaftsgrade von selbst ausgeschlossen [228]). — In der fünften Classe, welche nach dem

---

217) Ulp. fr. 28. §. 7. Die Verwandtschaft beurtheilt man stets nach der Todeszeit des Erblassers. L. 8. D. de suis ac legitimis her. (38. 16.) L. 1. §. 8. D. 38. 8.

218) L. 1. §. 3. D. 38. 8. Vgl. §. 5. J. 3. 5. Sobrino sobrinaque nato nataeve.

219) Paraphr. inst. III. 5. §. 5. ed. Reitz tom. I. p. 565. *ἀπὸ γὰρ τοῦ ἑβδόμου βαθμοῦ ταῦτα μόνα καλεῖται τὰ πρόσωπα ὁ υἱὸς ἤγουν ἡ θυγάτηρ τοῦ σοβρίνου ἢ τῆς σοβρίνας.*

220) Fragm. Vat. §. 216. Vgl. Klenze, die Cognaten und Affinen in Savigny's Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Th. 6. S. 106.

221) Vgl. Goldschmidt über die den Cognaten ertheilte bonorum possessio in Löhr's Magazine Th. III. S. 354—357.

222) L. 1. §. 4. D. 38. 8.

223) L. 2. D. 38. 8. L. 8. D. ibid.

224) Just. inst. III. 2. §. 7.

225) L. 8. D. 38. 16. L. 1. §. 10. D. 38. 8. L. 1. C. 6. 15. L. 6. C. 6. 59.

226) L. 1. §. 10. D. 38. 8.

227) L. 1. §. 6 u. 7. D. 38. 8.

228) L. 2. D. 38. 9. L. 1. §. 5—9. D. 38. 8. Freilich ist dieß gegen die gewöhnliche Meinung, nach welcher man beim Wegfall des Näheren stets den Entfernteren zulassen will. Doch stützt sich diese Ansicht nur auf ein Mißverständniß von §. 7. J. 3. 2. Auch wird sie nicht dadurch unterstützt, daß nach einem Gesetze von Constantinus die entfernteren Cognaten auch beim Vorhandensein der Näheren die bon. poss. subsidiarisch zu erbitten berechtigt sind const. 9. C. qui admitti ad bon. poss. (6. 9.). Denn zur Zeit der classi-

Zeugnisse der Justinianischen Institutionen [229]) und des Theophilus [230]) tamquam ex familia genannt worden ist, wurde die familia patroni zur Erbschaft des Freigelassenen berufen [231]). Theophilus setzt in diese Classe, wie sich aus seiner Beschreibung [232]) der folgenden Classe ergibt, den Patron, die Patronin, deren Kinder und die Agnaten des Patrons, und diese Ansicht ist auch von Unterholzner vertheidigt worden [233]), während Göschen wenigstens den Patron von dieser Classe ausschließt [234]). — In der sechsten Classe, welche Theophilus [235]) mit dem Namen unde liberi patroni et patronae et parentes eorum bezeichnet, kamen nach der Meinung desselben der Patron, die Patronin, deren Kinder und Eltern zur Succession. Mehrere neuere Rechtsgelehrte haben indeß dieses Zeugniß für nicht giltig erklärt und sich bei der Erklärung des Inhaltes dieser Classe nur auf das Zeugniß Ulpian's [236]) beschränkt. Göschen [237]) denkt hier an den Fall, wo der Patron des Verstorbenen selbst ein Freigelassener war, und construirt demnach den Inhalt der Classe aus folgenden Personen: dem Patron und der Patronin des Patrons und den Eltern und Kindern des ersten Patrons. Huschke [238]) denkt an den Patron und die Patronin des Patrons und deren Kinder, wenn der erste Patron ein Freigelassener war, und an die

---

schen Pandectenjuristen war eine solche anticipirte Agnition ungiltig. L. 4. D. 37. 1. L. 2. pr. D. 37. 11. L. 1. §. 10. D. 38. 11. L. 42. §. 2. D. 38. 2. L. 4. §. 3. D. 37. 4. L. 12. D. 37. 10. Vergl. Koch bonorum possessio p. 301.

229) §. 3. J. 3. 9.

230) Paraphr. III. 9. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 593. *τῆς εἰρημένης* tamquam ex familia *ἤγουν ὡσανεὶ ἐκ φαμιλίας*. Dieses Zeugniß benutzt schon Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 101, um die Ansicht des Fabrot, welcher statt tamquam ex familia ließt tum quem ex familia, und derer, welche tum qua ex familia emendiren, zu widerlegen. Dazu dient auch die herrliche Conjectur Schrader's (ad. Just. Inst. p. 472.), welcher die in den angeführten Worten angedeutete Fiction des prätorischen Edictes so vervollständigt: tamquam ex familia patroni libertus sit, ita ad eius bona patronus patronique familia vocetur. Ich möchte nur das patronus und que streichen. Ulp. fr. 28. 7. familiae patroni. Coll. tit. 16. cap. 9. §. 1. post familiam patroni.

231) Ulp. fr. tit. 28. §. 7. Coll. legum Mos. tit. 16. cap. 9. §. 1.

232) Theoph. III. 9. §. 3. tom. I. p. 594.

333) Unterholzner in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Th. 5. S. 64. Derselbe Rechtsgelehrte rechnete indeß auch den Patron des Patrons zu dieser Classe, was Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 110—114, zu widerlegen sucht.

234) Göschen in Hugo's civilistischem Magazine Bd. 4. S. 284.

235) Theoph. l. c. p. 594. Damit stimmen auch die Worte der Justinianischen Institutionen a. a. O. überein: Sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus.

236) Ulp. fr. 28. §. 7. Quinto patrono patronae, item liberis patroni patronaeve. Collatio legum Mos. tit. 16. cap. 9. §. 1. Patronum patronam, item liberos et parentes patroni patronae.

237) A. a. O. S. 314.

238) Studien des röm. Rechtes S. 68.

Eltern des Patrons, wenn dieser ein Emancipirter ist. Unterholzner[239]) endlich schließt sich an das Zeugniß des Theophilus an und sucht in dessen Erklärung eine innere Consequenz zu bringen. — In der siebenten Classe, welche in den Rechtsquellen mit dem Namen unde vir et uxor bezeichnet wird[240]), wird der überlebende Ehegatte des Verstorbenen berufen, freilich unter folgenden Voraussetzungen: 1) daß die Ehe eine zu Recht bestehende (iustum matrimonium) sei; 2) daß sie bis an den Tod des Erblassers ununterbrochen fortgedauert habe[241]). Dabei sah man indeß nicht sowohl auf Fortdauer der factischen Lebensvereinigung der Ehegatten, als auf das juristische Fortbestehen der Ehe[242]). — In der achten Classe, welche den Namen unde cognati manumissoris erhalten hat[243]), wurden alle diejenigen leiblichen Verwandten des Freilassers berufen, welche die lex Furia vom Verbote, mehr als tausend Asse als Legat oder von Todeswegen anzunehmen, ausdrücklich ausgenommen hatte[244]). Dahin gehören alle Verwandte bis zum sechsten Grade und aus dem siebenten der Sohn des Andergeschwisterkindes (sobrino natus)[245]). Ob auch der Patron in dieser Classe berufen worden sei, könnte nach dem Zeugnisse des Theophilus, welcher nur von den überlebenden Cognaten des Patrons spricht[246]), bezweifelt werden. Doch ist es wohl richtiger, auch ihn in diese Classe zuzulassen[247]), sowie auch die Kinder und Agnaten desselben zur Succession kommen können, inwiefern sie zugleich Cognaten des Patrons sind. Gewiß ist es aber, daß das prätorische Edict bei der Feststellung dieser Classe nur an den Fall, wo ein Freigelassener beerbt wird, gedacht hat[248]). Denn obschon der Ausdruck cognati manumissoris vieldeutig ist, so scheint er doch hier absichtlich deßhalb gewählt zu sein, um das factische Verhältniß des Freilassers zum Freigelassenen zu bezeichnen[249]). — Im Justinianischen Rechte, wo die bonorum possessio noch als geltendes Recht vorgetragen wird, sind von diesen acht Classen der bonorum possessio intestati nur noch vier übrig, nämlich unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor[250]); und nur diese sind es, welche in den Justinianischen

---

239) A. a. O. Th. V. S. 69—75.

240) Dig. 38. 11. Cod. 6. 18. Theoph. paraphr. III. 9. §. 3. ed. Reitz tom. I. p. 594, 595.

241) L. un. D. 38. 11.

242) L. un. §. 1. D. 38. 11.

243) Theoph. par. III. 9. §. 3. tom. I. p. 595. §. 5. J. 3. 9.

244) Ulp. fr. 28. 7. vgl. mit 1. §. 2. u. fr. Vat. §. 301.

245) Von der sobrina nata spricht freilich fr. Vat. §. 301. nicht; doch hat es kein Bedenken, auch diese mit in dieser Classe zu berufen. Vergl. Huschke, Studien des röm. Rechtes S. 119.

246) L. c. p. 595.

247) Huschke a. a. O. S. 115.

248) Collatio legum Mos. tit. 16. cap. 9. §. 1. Mox cognatos patroni et patronae.

249) Vgl. Huschke a. a. O. S. 120 flg.

250) §. 4. J. 3. 9. ibique Theoph. tom. I. p. 595—597.

Pandecten[251]) und im Codex[252]) als noch bestehend vorgetragen werden, während die übrigen Classen in denselben Rechtsbüchern mit Stillschweigen übergangen sind. Die Gründe dieser Veränderung liegen in zwei Verordnungen Justinians: L. 6. C. de adoptionibus (8. 49.) und L. 4. C. de bonis libertorum et iure patronatus[253]) (6. 4.). An der ersten Stelle verordnete der Kaiser, daß dem Vater bei der Emancipation seiner Kinder stets die legitima iura vorbehalten werden sollen und bewirkte dadurch, daß der extraneus manumissor nicht mehr vorkam und mithin die Classe unde decem personae unpractisch wurde[254]). In der zuletzt genannten Constitution hob derselbe Kaiser drei andere Classen tamquam ex familia, unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum, unde cognati manumissoris[255]) auf und reducirte mithin stillschweigend die acht Classen des prätorischen Edictes auf die oben angegebenen vier.

Verhältniß des bonorum possessor zum Erben. Was das Verhältniß des bonorum possessor zum heres anbelangt, so ist im Allgemeinen wohl nicht zu bezweifeln, daß, sowie hereditas und bonorum possessio neben einander bestehen können, ohne sich gegenseitig aufzuheben, auch verschiedene Personen als heredes und bonorum possessores bei derselben Erbschaft concurriren können[256]). Im Allgemeinen kann man es als Grundsatz aufstellen, daß die Frage, welcher von Beiden die Erbschaft definitiv behalte, nach den Grundsätzen, welche von der bonorum possessio gelten[257]), zu beurtheilen sei, und daß man darauf gar keine Rücksicht zu nehmen habe, ob der mit dem bonorum possessor concurrirende heres die bonorum possessio wirklich erbeten habe oder nicht[258]), wenn er nur überhaupt im Stande war, für sich dieselbe zu beanspruchen. Das Detail der Regeln, nach welchen der Vorzug des Einen vor dem Anderen bestimmt wurde, ist zuerst von Hugo entdeckt und später von Löhr aus den röm. Rechtsquellen bewiesen worden[259]). Der bonorum possessor theilt mit dem heres das Vermögen, wenn Beiden zugleich in einer Classe des prätorischen Edictes die bonorum possessio deferirt war[260]), freilich mit

---

251) Dig. 38. 6. unde liberi, 7. unde legitimi, 8. unde cognati, 9. unde vir et uxor.

252) Cod. 6. 14. unde liberi, 15. unde legitimi et unde cognati, 18. unde vir et uxor.

253) Bekanntlich ist diese Constition eine lex restituta. Vergl. Witte, die leges restitutae des Justinianischen Codex S. 193—199.

254) Theoph. III. 9. §. 4.

255) Theoph. l. c. §. 5, 6.

256) Vgl. Löhr in seinem Magazine Bd. III. S. 305.

257) §. 1. J. 3. 9. ibique Theoph. fr. 10. D. 37. 6. Caius inst. III. §. 34 u. 37. Paulus in Collatio leg. Mos. tit. 16. cap. 3. §. 5. Vgl. Löhr a. a. O. S. 306.

258) Caius III. §. 34—37. Paulus in collat. legum Mos. tit. 16. cap. 3. §. 5.

259) Vgl. Löhr a. a. O. S. 309—333.

260) §. 9. J. de hereditatibus ab intestato. (3. 1.) §. 13. J. ibidem.

der Beschränkung, daß in der contra tabulas bonorum possessio der eingesetzte, zur bonorum possessio berufene Erbe nur bis zur Höhe seines Erbtheiles Erbe werden kann [261]) und alle ihm auferlegte Legate ohne Unterschied der Personen, denen sie hinterlassen sind, auszahlen muß [262]). Ist aber der bonorum possessor in einer früheren Classe des Edictes berufen, als der heres, so behält der Erstere allein die Erbschaft und der Letztere geht leer aus [263]). Wenn endlich der heres in einer früheren Classe des Edictes berufen wird, als der bonorum possessor, so behält der Erstere die Erbschaft allein definitiv [264]). Die Mittel, durch welche der Prätor den Vorzug des bonorum possessor vor dem heres im bezeichneten Falle geltend machte, scheinen im Falle der Klage die hereditatis petitio possessoria und das interdictum quorum bonorum gewesen zu sein, im Fall der Einrede die exceptio doli mali [265]) und, im Fall die bon. poss. noch nicht erbeten worden ist, die exceptio, si non bonorum possessio dari potest [266]).

Nichtigkeit der erbetenen bonorum possessio. Was die Gründe anbelangt, aus welchen eine einmal ertheilte bonorum possessio zusammenfällt und in ihren Wirkungen als nichtig erscheint, so lassen sich dieselben mit Löhr [267]) auf folgende Classen reduciren: a) Die einmal ertheilte bonorum possessio wird deßhalb wirkungslos, weil dem Agnoscirenden gar keine bonorum possessio deferirt war; folglich werden dem Agnoscirenden die Klagen abgeschlagen und überhaupt die Sache so angesehen, als ob gar keine bonorum possessio ertheilt wäre [268]). Dieß ist der Fall, wenn ein impubes die Carboniana in bona missio und zugleich die ordinaria bonorum possessio erhält und späterhin das Urtheil im Hauptprozesse gegen ihn ausfällt. b) Die einmal ertheilte bonorum possessio wird auch dann als nicht ertheilt angesehen, wenn die Bedingungen, die zu ihrer Ertheilung nothwendig waren, hinterher wegfallen. Dieß ist der Fall, wenn der unter einer Suspensivbedingung eingesetzte Erbe vor Erfül-

---

pr. J. de legitima agnatorum successione. (3. 2.) L. 10. D. 37. 6. L. 15. pr. D. 37. 5.

261) L. 1. §. 8. D. 37. 6. L. 14. pr. D. 37. 4. Vergl. Löhr a. a. O. S. 317. Note 1.

262) L. 14. pr. D. 37. 4. Vgl. Löhr a. a. O. S. 317. Note 3.

263) L. 13. pr. D. 37. 4. L. 20. pr. D. ibidem. L. 2. D. 38. 6. Löhr a. a. O. III. S. 311—315.

264) Caius inst. III. §. 36, 37. L. 2. D. 38. 6. macht denselben Grundsatz bei der Succession des Patrons geltend. Vergl. Löhr a. a. O. S. 321—333.

265) Caius inst. II. §. 147, 148. Collat. legum Mos. tit. 16. cap. 3. §. 1. Darauf deuten auch folgende Pandectenstellen: L. 15. pr. D. 37. 5. L. 13. D. 44. 4. Daraus erklären sich die Ausdrücke: Praetor bonorum possessorem tuetur, non tuetur. L. 1. §. 8. D. 37. 4. L. 14. pr. D. ibid. L. 2. D. 38. 6. etc.

266) L. 15. D. 37. 4. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 297—299.

267) A. a. O. S. 285—292.

268) L. 4. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) L. 42. §. 2. D. de bonis libertorum. (38. 2.)

lung derselben die secundum tabulas bon. poss. agnoscirt und die Bedingung späterhin wegfällt[269]), er müßte denn beim Wegfall der Bedingung in der Lage sich befinden, daß er entweder die contra tabulas bonorum possessio oder intestati agnosciren könnte[270]). c) Auch dann wird die agnoscirte bonorum possessio für nicht ertheilt angesehen, wenn der bonorum possessor gegen die Agnition derselben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält. Dasselbe tritt endlich ein, d) wenn ein Anderer in den Fällen der Caducität und Idignität dem bonorum possessor die Erbschaft wegnimmt[271]).

Bonorum possessio im Justinianischen Rechte. Was die bonorum possessio im Justinianischen Rechte anbetrifft, so steht so viel fest, daß sie durch die neuen Gesetze Justinians keineswegs aufgehoben sei; mithin besteht sie auch hier als selbstständiges Rechtsinstitut neben der hereditas fort, wie dieß auch von den meisten Schriftstellern bereits anerkannt worden ist[272]). Diese Ansicht wird auch dadurch nicht widerlegt, daß die Grundsätze der civilrechtlichen Erbfolge im neuesten römischen Rechte verändert und zum Theil nach denen, welche in der bonorum possessio gelten, umgebildet worden sind. Denn man braucht nur beide Institute aus einander zu halten, um die Verschiedenheiten derselben und die Eigenthümlichkeiten eines jeden auch im neuesten Rechte ausgeprägt zu erblicken. Besonders wichtig erscheint aber das Institut der bonorum possessio in Bezug auf die Personen, welche nach dem Civilrechte kein Erbrecht haben, wohl aber einen Anspruch auf die Erbschaft durch bonorum possessio realisiren können, z. B. der überlebenden Ehegatten u. s. w. In den Basiliken ist die bonorum possessio als practisch-giltiges Institut anerkannt[273]), und auch dieß deutet auf ihr Fortbestehen im Justinianischen Rechte.

Gesetzlich ausgezeichnete Arten der bonorum possessio.

A) Bonorum possessio litis ordinandae gratia[274]). So heißt nach der Meinung der meisten Juristen[275]) diejenige bonorum possessio, welche bei der Vorbereitung der inofficiosi querela allen

---

269) L. 11. pr. D. 37. 4.

270) L. 3. §. 13. D. 37. 4. L. 2. §. 1. D. 37. 11. L. 5. pr. D. ibid. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 287, 288.

271) L. 12. §. 1. D. 37. 1. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 289—291.

272) Vgl. Koch bonorum possessio p. 343 sq. Löhr a. a. O. Th. III. S. 333—358.

273) Basilic. lib. 40. tit. 1—9. ed Fabr. tom. V. p. 283—554.

274) Schriftsteller: Averani interpretationes iuris civilis lib. I. cap. 8. Koch bonorum possessio §. 10. p. 189—194. Glück, Intestaterbfolge §. 96. S. 358 flg. Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 212, 213. Der eben angeführte Name beruht auf L. 8. pr. D. de inofficioso testamento. (5. 2.)

275) So Averani, Koch, Glück a. d. a. O. Diese Meinung gründet sich auf L. 7. D. 5. 2. Et ponamus in potestate fuisse, ut neque bonorum possessio ei necessaria et aditio hereditatis supervacua sit.

non sui heredes ertheilt werden mußte, damit sie die bezeichnete Klage mit Wirkung anstellen konnten. Nach Schilling's[276]) Meinung ist sie aber eine vorläufige oder interimistische bonorum possessio, welche demjenigen, der die querela inofficiosi anstellen wollte, seit der Zeit, als diese als Klage anerkannt worden, vor dem Ausgange des Prozesses ertheilt werden konnte, damit er sich den Besitz der Erbschaft aneignen könne. In manchen Stellen der Justinianischen Pandecten wird sie als ein Mittel bezeichnet, um die genannte Klage vorzubereiten[277]) und in einer Stelle des Justinianischen Codex[278]) wird geleugnet, daß der Besitzstand der Testamentserben in Bezug auf die Erbschaftssachen durch die Ertheilung dieser bonorum possessio gefährdet werden könne. Aus dieser Behauptung haben manche durch Mißverständniß den Satz gebildet, daß die bon. possessio litis ordinandae gratia gar keinen Besitz verschaffen könne[279]).

B) Bonorum possessio contra tabulas liberti, quae patronis liberisque eorum datur[280]). So heißt diejenige bon. poss., welche dem Patron und dessen Kindern durch den Prätor in die Gütermasse des verstorbenen Freigelassenen desselben ertheilt wurde, wenn der Letztere ein Testament gemacht und darin Ersterem nicht wenigstens die Hälfte seines Vermögens zugewendet hatte. Die Bedingungen, unter welchen der Prätor und dessen Kinder diese Successionsform beanspruchen konnten, lassen sich auf folgende Sätze zurückführen. 1) Das Patronatrecht mußte erwiesen sein[281]). Ausgeschlossen sind mithin alle diejenigen, welche dasselbe durch irgend einen Thatumstand verloren haben. Dahin ist zu rechnen z. B. wer gegen den Liberten eine capitis accusatio erhoben hat[272]); wer denselben gegen die Vorschrift der lex Aelia Sentia zur Ableistung eines Eides gezwungen hat[283]); wer im Testamente zum tutor bestellt ist und eine ihm in demselben unter der Bedingung, daß er sie freilasse, legirte Sclavin freigelassen hat und sich nachher bei der Tutel entschuldigt[284]); wer den Liberten als Sclaven vindicirt hat[285]); wer demselben Alimente, als er solcher bedurfte, verweigert[286]) und wer den Sclaven mit dessen eigenem Gelde losgekauft und dann freigelassen hat[287]). 2) Es durften keine leiblichen Kinder des Liberten

---

276) Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 212. Note 585.
277) L. 6. §. 2. D. 5. 2. L. 7. u. 8. pr. D. ibid.
278) L. 2. C. de inofficioso testamento. (3. 23.)
279) Vgl. Glück a. a. O. S. 359.
280) Cod. VI. 13. inscript.
281) C. 4. C. 6. 4. Vgl. Löhr a. a. O. S. 264. Note 3.
282) L. 9. §. ult. L. 10. u. 17. D. de iure patronatus. (37. 10.) Doch gilt dieß nicht für die Descendenten des Patrons, welcher im eignen Namen die Untersuchung eingeleitet hat. L. 17. D. ibid.
283) L. 14. D. 37. 14.
284) L. 3. D. 37. 14.
285) L. 9. D. de bonis libertorum. (38. 2.) L. 14. pr. D. ibid. L. 16. pr. D. ibid. L. 30. D. ibid.
286) L. 33. D. 38. 2.
287) L. 1. C. 6. 4.

vorhanden sein, welche titulo universali etwas aus dem Vermögen ihres Adscendenten erhalten[288]). Enterbte leibliche Kinder des Erblassers werden gar nicht mit gerechnet[289]). Kam das leibliche Kind durch Abstention oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von der väterlichen Erbschaft wieder los, so blieb dem Patron sein Recht auf die bonorum possessio ungeschmälert[290]). Dasselbe trat auch dann ein, wenn das eingesetzte Kind die Erbschaft ganz ex SC. Trebelliano einem Dritten restituirt[291]). Der Erwerb durch einen titulus universalis ist indeß auf die Fälle zu beschränken, in welchen die leiblichen Kinder des Liberten im Testamente zu Erben eingesetzt oder so praeterirt worden sind, daß sie die bonorum possessio contra tabulas giltig agnosciren[292]), oder die väterliche Erbschaft ex SC. Trebelliano von einem Dritten restituirt erhalten[293]). 3) Das Testament, gegen welches die bonorum possessio ertheilt wird, muß durch den Antritt der Erbschaft von Seiten des eingesetzten Erben bestätigt worden sein[294]). Dem Antritte der Erbschaft wird die Ertheilung der bonorum possessio gleich gesetzt[295]). Dabei ist es gleichgiltig, ob das in Frage stehende Testament nach dem Civilrechte oder nach dem prätorischen Rechte besteht. 4) Das Vermögen des Freigelassenen darf nicht im Lager erworben sein[296]). 5) Der Patron muß seine Ansprüche auf die operae des Liberten nicht geltend gemacht[297]), auch sich deßhalb mit demselben nicht abgefunden haben[298]). 6) Der Patron muß in seinem Pflichttheile verletzt sein. Ist ihm demnach nichts hinterlassen, so erhält er die bonorum possessio auf den ganzen Betrag des Pflichttheiles. Ist ihm etwas, aber nicht so viel hinterlassen, als der Pflichttheil beträgt, so geht die bonorum possessio auf die Ergänzung desselben[299]). Der Pflichttheil des Patrons beträgt nach älterem Rechte die Hälfte des Vermögens[300]), nach Justinians Verordnung aber nur ein Drittel[301]). Mehr, als der Pflicht-

---

288) Caius inst. III. §. 41. Ulp. fr. tit. 29. §. 1. §. 1. J. 3. . Dabei ist es gleichgiltig, ob es emancipirte oder von Anderen adoptirte Kinder des Erblassers sind.

289) §. 1. J. 3. 7.

290) L. 6. §. 3. D. 38. 2. Vgl. Löhr a. a. O. S. 266.

291) L. 20. §. 5. D. 38. 2.

292) §. 1. J. 3. 7.

293) L. 4. §. 3. D. 38. 2.

294) L. 3. §. 5 u. 12. D. 38. 2. L. 36. L. 42. §. 1. u. L. 43. D. ibidem.

295) L. 3. §. 5. D. 38. 2.

296) L. 3. §. 6. D. 38. 2. L. 42. §. 1. D. ibid.

297) L. 20. D. 37. 14. L. 2. C. 6. 13.

298) L. 37. pr. D. 38. 2. L. 4. C. de operis libertorum. (6. 3.)

299) L. 3. §. 10 u. 15—18. D. 38. 2. L. 20. §. 2 u. 3. D. ibidem. Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 487. Auf diesen Fall scheint nach §. 3. J. 3. 7. auch die suppletoria actio angewendet worden zu sein.

300) Caius inst. comm. III. §. 41. Ulp. fr. tit. 29. §. 1.

301) L. 4. C. 6. 4. §. 3. J. 3. 7. Vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. 5. S. 110—115.

theil beträgt, kann der Patron nicht einmal durch Anwachsungsrecht erhalten[302]). Der Ursprung dieses Pflichttheiles ist nicht dunkel. In den ältesten Zeiten hatten nämlich die Patrone die ausgedehnteste Gewalt während der Lebensdauer der Liberten. Der Mißbrauch dieser Gewalt veranlaßte Beschränkungen durch den Prätor. So gestattete namentlich der Prätor Rutilius in der Mitte des 7. Jahrhunderts nach Erb. d. St. dem Patron nur, die versprochenen operae und, wenn derselbe anstatt der operae sich ausdrücklich die Gütergemeinschaft vorbehalten hatte, seinen Kopftheil an den Gütern des Freigelassenen zu beanspruchen[303]). Ein solcher Contract der Gütergemeinschaft ist zwar späterhin für ungiltig erklärt worden[304]), so daß nicht einmal eine Klage daraus gestattet wurde; seine frühere Giltigkeit erklärt indeß hinreichend, woher es komme, daß die folgenden Prätoren in ihren Edicten den Grundsatz aufgestellt haben, daß der Liberte dem Patron einen Pflichttheil schulde[305]). Die Realisirung des Anspruchs auf diesen Pflichttheil wurde indessen durch das Edict auf die Todeszeit des Erblassers verschoben und selbst dann gestattet, wenn der Patron gar keine Ansprüche an die operae des Liberten hatte[306]). Daher kommt es, daß man auf die Todeszeit des Erblassers sehen muß, um folgende Fragen zu beantworten: wem der Pflichttheil zukomme[307]), wie viel derselbe betrage[308]) und ob der Patron in Betreff desselben verletzt sei[309])? Der Pflichttheil kann übrigens dem Patron durch Erbeinsetzung hinterlassen werden[310]), auch wird Alles in demselben eingerechnet, was dem Patron aus den Gütern des Liberten durch Legat, Schenkung auf den Todesfall oder durch andere Zuwendungen von Todeswegen zufällt[311]). Selbst Schenkungen unter Lebenden kommen in Anschlag, wenn sie mit Anrechnung auf den Pflichttheil gemacht werden[312]). Auch ist kein Unterschied, ob der Patron auf die angegebene Weise in eigener Person erwirbt, oder ob dieser Erwerb durch eine seiner Gewalt unterworfene Person vermittelt wird[313]).

---

302) L. 1. pr. D. 37. 2.

302a) Vgl. Löhr a. a. O. S. 261—263. Unterholzner a. a. O. S. 95.

303) L. 1. §. 1. D. 38. 2.

304) L. 36. D. de operis libertorum. (38. 1.) L. 4. §. 7. D. quarum rerum actio non datur. (44. 5.)

305) L. 1. §. 2. D. 38. 2.

306) L. 7. §. 4. D. 38. 1. L. 47. D. ibid. L. 29. pr. D. 38. 2.

307) L. 2. §. 1. D. 38. 2. L. 16. §. 11. D. ibid.

308) L. 3. §. 20. D. 38. 2.

309) L. 44. §. 1 u. 2. D. 38. 2.

310) L. 3. §. 10. D. 38. 2. L. 19. §. 1. D. ibid. L. 21. §. 2. D. de iure patronatus. (37. 14.)

311) Vom Legat spricht L. 3. §. 15. D. 38. 2., von der Schenkung auf den Todesfall L. 3. §. 17. D. ibid., von der mortis causa capio L. 3. §. 19. D. ibid.

312) L. 3. §. 18. D. 38. 2.

313) L. 21. §. 1. D. 37. 14. L. 50. pr. u. §. 1. D. 38. 2. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. V. S. 95—98.

Nimmt der Patron den ihm hinterlassenen Pflichttheil nicht an, so verliert er unbedingt jeden Anspruch auf die bonorum possessio[314]). Bedingungen und Zeitbestimmungen sind bei der Zuwendung des Pflichttheiles unzulässig[315]). Alle über die Gebühr gemachten Auflagen wurden schon nach älterem Rechte, welches auch Justinian bestätigte, nicht beachtet[316]). Fragt man, wem diese bon. poss. deferirt werde, so ist zuerst der Patron zu nennen und im neueren Rechte neben ihm die Patronin[317]), obschon dieselbe nach der ursprünglichen Fassung des Edictes gar keinen Anspruch auf den Pflichttheil hatte und denselben erst durch die lex Papia Poppaea erhielt, wenn sie zwei oder drei Kinder hatte; das Erste, wenn sie eine Freigeborene, das Zweite, wenn sie eine Freigelassene war[318]). Ausgeschlossen sind Alle, welche zu einer Capitalstrafe verurtheilt und noch nicht restituirt sind[319]). Falls mehrere Patrone concurriren, so kommen sie zugleich zur Erbschaft[320]); nimmt aber Einer unter ihnen seine Gerechtsame nicht in Obacht, so wächst sein Antheil den Anderen zu. Arrogation, Adoption und Emancipation, welche in der Person des Liberten eintreten, schaden dem Rechte des Patrons nichts[321]); dagegen hebt die Verurtheilung des Liberten zu einer Capitalstrafe alle Patronatsrechte so lange auf, als die Restitution noch nicht erfolgt ist[322]). Nächstdem kommen die Kinder des Patrons und der Patronin, welche durch das Dasein des Patrons ausgegeschlossen werden[323]), alle nach der Nähe des Grades. Diese Kinder theilen die Erbschaft nach Köpfen (partes viriles)[324]). Nach den Justinianischen Pandecten sind alle Kinder dazu berechtigt[325]), die des Patrons indeß nur, wenn sie ehelich sind[326]). Im früheren Rechte konnten die weiblichen Descendenten des Patrons nur dann den Pflichttheil beanspruchen, wenn sie das ius liberorum hatten[327]); eine Beschränkung, welche in den Justinianischen Rechtsquellen nicht mehr erwähnt wird. Diese Succession der Kinder ist von den Agnationsverhältnissen unabhängig; mithin werden auch die emancipirten[328]), arrogirten und in Adoption

---

314) L. 19. §. 1. D. 38. 2. L. 50. §. 4. D. ibid.

315) L. 3. §. 11. u. 12. D. 38. 2. L. 44. pr. D. ibid. (Bedingung) L. 21. §. 1. D. 37. 14. (Zeitbestimmung). Suspensivbedingungen mußten vor dem Antritt der Erbschaft erfüllt sein, wenn sie die Delation der bon. poss. verhindern sollten. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 270. Note 4.

316) L. 3. §. 1. D. si a parente (37. 12.) L. 44. pr. D. 38. 2. L. 45. D. ibid. L. 41. D. ibid. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 270. N. 2.

317) L. 17. u. 21. D. 38. 2.

318) Ulp. fr. tit. 29. §. 4—6.

319) L. 9. §. 1. D. 37. 14. L. 21. pr. D. ibid. L. 3. §. 7. D. 38. 2.

320) L. 17. u. 21. D. 38. 2.

321) L. 49. D. 38. 2. L. 1. §. 2. D. 37. 12.

322) L. 21. pr. D. 38. 2. L. 3. §. 7. D. ibid.

323) L. 23. §. 1. D. 38. 2. L. 4. §. 2. D. ibid.

324) L. 23. §. 2. D. ibid.

325) L. 4. §. 2. D. 38. 2. L. 47. §. 3. D. ibid.

326) L. 18. D. 38. 2.

327) Ulp. fr. tit. 29. §. 5.

328) L. 2. §. 2. D. 38. 2. L. 5. §. 1. D. ibid. L. 38. pr. D. ibid.

gegebenen[329]) Kinder des Patrons berufen. Ebenso wenig wird es beachtet, ob ihr Vater erbfähig war oder nicht[330]). Auch ist es gleichgiltig, ob dieselben ihren Patron beerbt haben oder nicht[331]). Endlich werden auch solche Enkel, welche erst nach dem Tode des Großvaters concipirt sind, zur bon. possessio gerufen[332]). Im Falle der Assignation von Seiten des Patrons hatte der Descendent desselben, welchem der Liberte giltig assignirt war, den Vorzug vor den übrigen Concurrenten[333]). Enterbte Kinder sind ganz ausgeschlossen, wenn die Enterbung förmlich[334]) und der Zurücksetzung[335]) halber in einem giltigen Testamente[336]) geschehen ist. Doch ist dieß nicht auf die weiteren Descendenten der enterbten Kinder zu erstrecken, außer wenn ihr enterbter Adscendent noch lebt und sie sich in dessen väterlicher Gewalt befinden[337]). Was der Patron und dessen Kinder auf diesem Wege erhält, ist frei von aller Belästigung[338]), selbst der Werth der im Testamente freigelassenen Sclaven konnte ihm nach älterem Rechte nicht auf seinen Erbtheil angerechnet werden, bis Justinian auch hier das Gegentheil einführte[339]). Diese bonorum possessio hat wenig Ausgezeichnetes, wenn man nicht das hier eintretende Nachrücken der folgenden Grade für den Fall, daß die Ersteren wegfallen[340]), dahin rechnen will, und daß sie den im Testamente eingesetzten Erben nur theilweise und zwar jedem nach Verhältniß seiner Erbportion die Erbschaft entzieht[341]), und daß sie nach Justinians Verordnung[342]) nur bei centenarii liberi stattfindet, d. h. bei solchen, welche wenigstens 100 solidi im Vermögen haben. Die für ihre Erbittung festgesetzte Frist ist dieselbe, wie bei den anderen bonorum possessiones

---

329) L. 50. §. 5. D. 38. 2. L. 39. D. ibid. Vergl. Unterholzner a. a. O. Th. V. S. 89—90.

330) L. 4. pr. D. 37. 14. L. 4. §. 2. D. 38. 2. L. 42. D. ibid. Diese Stellen sprechen von allen Kindern des Patrons. L. 16. §. 4. D. 38. 2. scheint dieß nur auf die Kinder zu beschränken, welche nicht mehr in der Gewalt des Patrons sind.

331) L. 9. pr. D. 37. 14. L. 12. §. 7. D. 38. 2.

332) L. 47. §. 3. D. 38. 2. Nach dem Civilrechte wurde ein solcher Enkel nicht suus heres des Großvaters (§. 8. J. 3. 1.), und nach prätorischem Rechte konnte er nicht die bonorum possessio unde cognati beanspruchen. L. 6—8. D. 38. 16.

333) Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 275.

334) L. 47. §. 4. D. 38. 2. Vgl. überhaupt Unterholzner a. a. O. Th. V. S. 90—94.

335) L. 12. §. 2. D. 38. 2. L. 47. pr. D. ibid.

336) L. 12. §. 3—5. D. 38. 2. Vgl. Löhr a. a. O. Th. III. S. 276.

337) L. 11. D. 38. 2. L. 16. §. 4. D. ibid. L. 38. pr. D. ibid.

338) L. 41. u. 44. pr. D. 38. 2.

339) L. 4. §. 11. C. 6. 4. §. 3. J. 3. 7.

340) L. 2. pr. D. 38. 2.

341) L. 16. §. 11. D. 38. 2.

342) L. 4. C. 6. 4. §. 3. J. 3. 7.

und wird auch nach denselben Grundsätzen, welche von den letzteren gelten, beurtheilt[343]). Auch findet in dieser bonorum possessio das sogenannte Anwachsungsrecht statt, wenn zwei oder mehrere zur Agnition derselben berechtigt sind und der Eine von ihnen sie nicht agnoscirt[344]). Doch können die Uebrigen dadurch aus der Erbschaft nie mehr erhalten, als die Größe des Pflichttheiles beträgt[345]). Eine eigne bonorum possessio, welche indeß denselben Zweck hat, wie die hier erklärte, und ganz nach denselben Grundsätzen beurtheilt wird, findet dann statt, wenn der Freigelassene ohne Testament verstirbt[346]) und keine sui heredes hinterläßt, welche von demselben ihre Abstammung herleiten[347]), z. B. wenn der Erblasser nur Adoptivkinder oder eine Frau oder Schwiegertochter, die in seiner manus waren, als sui heredes hinterläßt[348]). Daher nennen die neueren Rechtsgelehrten dieselbe bonorum possessio contra suos non naturales[349]). Ihrem Ursprunge nach ist diese Art der bonorum possessio wohl gleichzeitig mit der bonorum possessio contra tabulas liberti entstanden, wenigstens deutet darauf die Zusammenstellung beider Institute in den römischen Rechtsquellen.

C) Bonorum possessio, quae parenti manumissori datur. Descendenten, welche von einem ihrer leiblichen Adscendenten durch Manumission emancipirt worden sind, schuldeten nach dem prätorischen Edicte[350]) demselben einen Pflichttheil nach Analogie des Pflichttheiles des Patrons[351]). Als Grund dieser Verbindlichkeit der Descendenten wird angegegeben, daß die so von ihren Adscendenten freigelassenen Kinder erst durch die Emancipation das Recht erhalten, für sich Vermögen zu erwerben, und dafür denselben Dank schuldig sind[352]). Die Größe des Pflichttheiles betrug nach dem prätorischen Edicte wohl die Hälfte der Güter, welche der Descendent zur Todeszeit hatte; nach Justinians Verordnung aber das Drittheil[353]). Den Anspruch auf diesen Pflichttheil konnten im alten Rechte nach Einiger Meinung alle diejenigen realisiren, welche durch

---

343) L. 2. pr. D. ibid.
344) L. 21. D. 38. 2.
345) L. 6. pr. D. 37. 1.
346) Caius inst. III. §. 41. Ulp. fr. tit. 29. §. 1. pr. u. 1. J. 3. 7.
347) Sie heißen in der Kunstsprache sui heredes naturales. Vgl. Caius III. §. 41. §. 1. J. 3. 7.
348) Caius III. §. 41. Ulp. fr. tit. 29. §. 1. Justinians Institutionen (§. 1. J. 3. 7.) erwähnen nur die Adoptivkinder, weil die manus zu Justinians Zeiten außer Gebrauch war.
349) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. V. S. 84 flg. Dieser Ausdruck kann aus Ulp. fr. tit. 29. §. 5. gerechtfertigt werden.
350) L. 1. pr. §. 1. D. si a parente quis manumissus. (37. 12.)
351) L. 1. pr. D. 37. 12. L. 1. §. 6. D. ibid.
352) L. 1. pr. D. 37. 12. Dieß ist um so mehr zu berücksichtigen, da sich der Vater vom Sohne nicht operae versprechen lassen kann. L. 4. D. 37. 12. L. 10. D. de obsequ. par. et patr. (37. 15.)
353) L. 4. C. 6. 4. Vgl. Francke de successione parentis manumissoris spec. I. (Jenae 1835.) p. 4.

Manumission die Emancipation herbeigeführt hatten; im Justinianischen Rechte wird der Anspruch aber nur den leiblichen Adscendenten, welche die Emancipation vorgenommen haben, zugestanden[354]). Der Name für die zur bonorum possessio berechtigte Person ist parens manumissor. Die Bedingungen, unter welchen der Anspruch realisirt werden kann, sind a) daß der fragliche Descendent gestorben sei. Dieß ergibt sich schon daraus, daß das Mittel, den Anspruch zu realisiren, die bonorum possessio ist. b) Daß das Vermögen des Descendenten nicht im Lager (in castris) von demselben erworben worden sei[355]). c) Daß die Emancipation freiwillig vom parens manumissor vorgenommen ward[356]). d) Daß der Letztere kein Geld von einem Anderen für die Vornahme der Emancipation erhalten habe[357]). e) Daß der Descendent bei seinen Lebzeiten in der Absicht, um den Adscendenten für die Emancipation zu entschädigen, nicht so viel dem Letzteren ausgeantwortet habe, als zu diesem Zwecke hinreicht[358]). Das Mittel, den Anspruch zu realisiren, ist nach den Justinianischen Rechtsquellen[359]) die bonorum possessio contra tabulas emancipati, im Fall der Manumissor durch das Testament im Pflichttheile verletzt ist, und intestati, wenn kein Testament vorliegt. Diese bonorum possessio verschafft ihm gewöhnlich nur den Pflichttheil, berechtigt ihn indeß zur Beschlagnahme der ganzen Erbschaft, wenn ihm eine turpis persona im Testamente des emancipirten Sohnes vorgezogen worden[360]). Concurrirt der Parens mit der Mutter des emancipirten Kindes, so geht er derselben nur dann vor, wenn er der leibliche Vater des Verstorbenen ist[361]). Alle entfernteren Adscendenten schließt die leibliche Mutter des Verstorbenen aus. Der Anspruch auf die bonorum possessio ist ein aus der Emancipation[362]) sich ergebendes Recht, was den Adscendenten, der davon Gebrauch macht, keineswegs hindert, seine Ansprüche auf die Erbschaft auch auf anderem Wege geltend zu machen[363]), sich nur auf dessen Person beschränkt, da es nicht auf die Kinder desselben übergeht[364]), und durch die Arrogation

---

354) L. 1. §. 1. D. 37. 12. L. 3. §. 1. D. ibid. §. 6. J. quibus modis ius patr. p. solvitur. (1. 12.) Der Adoptivvater hat nie ein Recht auf diese bonorum possessio. L. 2. §. 15. u. 16. D. ad SC. Tertullianum. (38. 17.)

355) L. 29. §. 3. D. de testamento militis. (29. 1.) L. 30. D. ibid. Allgemein von allen Gütern des filius miles scheint L. 1. §. 4. D. 37. 12. zu sprechen. Doch ist diese Stelle wohl aus den vorigen zu erklären.

355a) Mayer diss. de hereditate parentis manumissoris, Tubingae 1832.

356) L. 5. D. 37. 12.

357) L. 1. §. 3. D. ibid.

358) L. 1. §. 3. D. ibid.

359) L. 1. pr. D. 37. 12. L. 1. §. 2. D. ibid.

360) L. 3. D. 37. 12. Dieß will Löhr a. a. O. Th. III. S. 279 auch vom patronus gelten lassen.

361) L. 2. §. 15 u. 16. D. 38. 17.

362) L. 1. pr. D. 37. 12. L. 1. §. 2. D. ibid. L. 16. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.)

363) L. 1. §. 6. D. 37. 12.

364) L. 1. §. 5. D. 37. 12.

des emancipirten Kindes nicht aufhört[365]). Unter den Beschränkungen, welche dieses Recht in der Justinianischen Gesetzgebung erlitten hat, ist es wohl die bedeutendste, daß nach einer Sanction Justinians die Geschwister des emancipirten Kindes dem Parens in Bezug auf die Proprietät der Erbschaftssachen vorgezogen werden sollen, ohne Unterschied, auf welche Weise die Emancipation des verstorbenen Bruders verwirklicht worden[366]). Streitig ist es, ob das Recht auf den Pflichttheil auch nach den neuesten Verordnungen Justinians über die gesetzliche Erbfolge in der 118. Novelle noch als bestehend anzunehmen ist. Verneinend beantwortet die Frage Francke[367]), bejahend Schweppe[368]) und Mayer[369]), für dessen Meinung namentlich das zu sprechen scheint, daß Nov. 118 nicht über die bonorum possesssio, nur über die legitima hereditas verfügt. Für die Praxis ist die Controverse ohne Bedeutung, da unserem jetzigen Rechte das ganze Rechtsverhältniß des parens manumissor unbekannt ist, und somit fällt die auf dasselbe sich stützende bonorum possessio von selbst weg[370]).

Heimbach.

Bonorum venditio[1]) heißt im römischen Prozesse der Verkauf der Güter einer einzelnen Person im Ganzen in Folge einer vom Magistrat ertheilten Einweisung in den Güterbesitz (in bona missio). Sie begründet stets eine Universalsuccession (successio)[2]) und ist theils durch das Civilrecht, theils durch das prätorische Recht eingeführt worden. Daher noch Cajus eine bonorum venditio mit civiler und prätorischer Wirkung unterscheidet[3]). Die bonorum venditio, welche aus dem

---

365) L. 1. §. 2. D. 37. 12.

366) L. 7. C. ad SC. Tertullianum. (6. 56.) L. 13. C. de legitimis heredibus. (6. 58.) Vgl. Francke, das Recht der Notherben S. 485, und de manumissorum successione spec. II. (Jenae 1835.) p. 4—8.

367) A. a. O. S. 485 und de manumissorum successione specimen I. et II.

368) Schweppe, römische Rechtsgeschichte §. 489 a.

369) Mayer diss. de hereditate parentis manumissoris, Tubingae 1832.

370) Vergl. Westenberg principia iuris Romani sec. ord. Dig. ad tit. si a parente. Stryck usus modernus P. XXXVII. 12. Lauterbach collegium theoretico-practicum XXXVII. 12. Francke a. a. O. S. 483.

1) Die vorzüglichsten Schriften, welche diese Lehre betreffen, sind: Stieber de bonorum emtione apud veteres Romanos pars I. (Lipsiae 1827.) Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechtes S. 189—215. Zimmern, der römische Civilprozeß §. 79 u. 80. S. 250—255. Pügge, rechtsgeschichtliche Bemerkungen Nr. I. im rheinischen Museum für Jurisprudenz Th. II. S. 87—93. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Th. I. S. 305—315.

2) Caius inst. II. §. 97 u. 98. vergl. mit III. §. 77. pr. J. de successionibus sublatis. (3. 12.) Theophilus ad h. l. ed. Reitz tom. I. p. 609.

3) Caius inst. III. §. 80. IV. §. 145 u. 146. Darauf deutet auch der bei Caius inst. III. §. 154 angegebene Unterschied von publice und privatim bona veneunt. Siehe Festus de V. S. sub voce: hastae.

Civilrechte stammt, wird mit dem Kunstausdrucke sectio bezeichnet und der Käufer der Gütermasse heißt sector[4]). Diese succedirten in die gekaufte Gütermasse nach dem Civilrechte[5]) und erhielten ein eigenes Interdict (sectorium interdictum), um sich in den Besitz der zur Gütermasse gehörigen Einzelsachen zu setzen[6]). Die Section fand gewöhnlich nur bei Gütermassen statt, welche an das Aerar fielen[7]), in Folge der Verurtheilung in einem iudicium publicum, oder in Folge der Proscription[8]). Sie wurde dadurch eingeleitet, daß die Quästoren in den Güterbesitz des Verurtheilten oder Proscribirten vom Prätor eingewiesen wurden (bona publice possidentur)[9]), und gewöhnlich mit der persönlichen Haft des Schuldners in Verbindung gebracht, falls derselbe für die dem Aerar geschuldeten Summen keine Bürgen zu stellen vermochte[10]). Die Verwirklichung des Güterverkaufes geschah in der Form der Proscription, auf dem Forum[11]) und unter dem Zeichen der hasta[12]). Wahrscheinlich ist der Ursprung dieser Art des Güterverkaufes in den militärischen Einrichtungen der alten Römer zu suchen, da es dem kriegführenden Magistrate, vermöge des ihm verliehenen Imperium, gestattet war, die im Kriege gemachte Beute im Ganzen auf diese Weise zu verkaufen[13]). Auch in den Kaiserzeiten finden sich noch Spuren vom Fortbestehen dieser Art des Güterverkaufes. Cajus erwähnt sie als zu seinen Zeiten vorkommend und auch in einer Stelle der Justinianischen Pandecten scheint nicht undeutlich darauf hingewiesen zu werden[14]). In den späteren Rechtsquellen findet sich keine Spur

---

4) Asconius ad Cicer. in Verr. I. 20. et 23. Caius IV. §. 146. Festus sub voce sector. Nonius Marcellus s. v. secare. Daß auch die sectio zur bonorum venditio gerechnet wird, hat Stieber de bonorum emtione §. 2. aus Cic. pro Roscio Amerino 9. §. 24, 10. §. 28, 21. §. 58, 22. §. 60, 26. §. 72, 43. §. 125, 52. §. 151 bewiesen. Der Name sector ist von secare abzuleiten und mit dem Umstande in Verbindung zu bringen, daß die Sectoren die dem Aerarium zufallenden Güter im Ganzen zu kaufen pflegten, um sie nachher zu parcelliren. S. Asconius ad Cic. in Verr. I. 20. u. 23.

5) Varro de re rust. II. 10.

6) Caius inst. IV. §. 146.

7) Asconius l. c. Caius inst. IV. §. 146.

8) Asconius l. c. I. 23. Cic. pro Roscio Amerino cap. 43. §. 126. Dieß ist der Rechtsfall, den Cicero in dieser Rede so oft berührt. Es waren nämlich die Güter des Vaters des Beklagten so verkauft worden, als ob derselbe proscribirt worden wäre. S. Stieber l. c. §. 2. p. 3—5.

9) Livius hist. 38. 60. Cic. pro Rabirio Postumo 4. Vgl. Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechtes S. 202, 205 u. 209. Daher die Erwähnung des quaestor und sector bei Cic. in Verrem I. 20.

10) Gellius noct. Att. VII. 19. Liv. hist. 38. 58. u. 60. Valerius Maximus IV. 1. §. 8.

11) Cic. de officiis II. 8. §. 27, 23. §. 83.

12) Festus sub voce hasta. Cic. Philipp. VIII. 3. §. 9. de off. II. 8. §. 27. ad famil. XV. 17. verglichen mit 19. Vergl. Stieber l. c. §. 7. p. 21 sq.

13) Cic. de inventione I. 45. §. 85. Caesar de bello Gallico. II. 33. Wie alt diese Sitte sei, zeigt Liv. hist. II. 14.

14) Paulus lib. 32. ad Edictum in L. 65. §. 12. D. pro socio. (17.

von derselben vor und in den Justinianischen Rechtsbüchern scheint jede Erwähnung der sectio und sectores recht geflissentlich übergangen worden zu sein. — Die andere Gattung der bonorum venditio, welche auf den Satzungen des prätorischen Edictes beruht, wird κατ' ἐξοχήν mit den Ausdrücken bona vendere, bona venire bezeichnet, welchen die Redensart bona emere entspricht. Sie ist der Sage nach von dem Prätor Rutilius eingeführt worden[15]), vielleicht demselben, welcher kurz vor Cicero lebte und als Jurist geschätzt war. Auch hier wurde die Gütermasse im Ganzen verkauft; der Käufer wurde Universalsuccessor desjenigen, dessen Güter verkauft wurden, aber die Gütermasse selbst wurde von ihm nicht nach dem Civilrechte, sondern nach dem prätorischen Rechte erworben[16]); daher ihn Theophilus dem bonorum possessor vergleicht und Caius bemerkt, daß er an den zur Vermögensmasse gehörigen Einzelsachen nur bonitarisches Eigenthum erwerbe. Das bei diesem Güterverkaufe zu beobachtende Verfahren war folgendes. Vorher mußten die, welche die bonorum venditio verlangten, in den Besitz der Güter vom Prätor eingewiesen werden[17]), wobei freilich in Betracht kommt, daß nicht jede Mission zur Vornahme des Güterverkaufes berechtigt, sondern nur diejenige, welcher diese Wirkung im prätorischen Edicte ausdrücklich beigelegt worden ist. Dieß lehrt der ganze Zusammenhang der Lehre vom Güterverkaufe mit den Missionen[18]) und wird auch zum Ueberflusse durch eine Stelle des prätorischen Edictes unterstützt, in welcher das bona possideri vendique nur in Bezug auf die in bona missio rei servandae causa[19]) erwähnt wird, vollkommen bestätigt. In dieser Beziehung sind aber folgende Missionsgründe privilegirt: a) wenn die Mission zur Voll-

---

2.) Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur. Nam, cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.

15) Caius inst. IV. §. 35.

16) Caius inst. III. §. 80. Theoph. inst. III. 12. pr. tom. I. p. 610. Vergl. Heimbach de sacrorum privatorum mortui continuandorum apud Romanos necessitate (Lipsiae 1827.) p. 12. Pügge, rechtsgeschichtliche Bemerkungen im rheinischen Museum, Jahrgang 2. S. 90—92. Zimmern, der römische Civilprozeß S. 238. Note 15.

17) Theopilus l. c. p. 609 und der ganze Titel der Digest. quibus ex causis in possesionem eatur. (42. 4.) Aus dem angeführten Thatumstande erklärt sich die so häufige Verbindung des bona possideri vendique (z. B. im prätorischen Edicte L. 7. §. 1. D. quibus ex causis in possessionem eatur (42. 4.)) und in L. 7. §. 16. D. ibid. und von bona possideri proscribique (Cic. pro Quinctio cap. 6. Caius inst. III. §. 79.) und von bona possideri, proscribi venireque. (Tab. Heracl. cap. XXII. vs. 46—48.)

18) L. 14. §. 2. D. 42. 4.

19) L. 7. §. 1. D. 42. 4. vergl. mit L. 7. pr. D. ibid. Vgl. auch L. 7. §. 11. D. 42. 4. L. 21. §. 2. D. quibus ex causis maiores viginti quinque annis. (4. 6.)

streckung eines rechtskräftigen Urtheils verfügt wird [20]). b) Wenn sie in die Güter des Schuldners verfügt wird, welcher betrüglicher Weise sich verbarg und vor Gericht nicht vertreten wurde [21]). Bei erklärten Verschwendern und Wahnsinnigen bedurfte es zur Verwirklichung des Güterverkaufes in diesem Falle noch eines neuen Decretes des Prätor [22]). Pupillen und solche, welche in Staatsangelegenheiten abwesend sind, waren der bonorum venditio nicht unterworfen [23]). Ein Gleiches galt von denen, welche in feindlicher Gefangenschaft sich befinden [24]). c) Wenn die Mission in die Güter des Schuldners stattfindet, welcher nach der lex Iulia seine Güter an die Gläubiger abgetreten hat. d) Wenn die Mission in die Erbschaftsgüter, zu denen sich kein Erbe oder nur ein verdächtiger findet, verfügt wird [26]). e) Wenn die Mission bei in rem actiones stattfindet, weil der Beklagte sich nicht sehen läßt [27]), und vielleicht auch bei persönlichen Klagen [28]). f) Wenn die Mission in die Güter desjenigen erfolgt, welcher ein Vadimonium gemacht hat und dasselbe nicht einhält [29]). g) Wenn die Mission in die Güter desjenigen verfügt wird, der sich in das Exil begeben hat [30]). h) Wenn sie in die Güter desjenigen verfügt wird, welcher vor Gericht seine Schuld eingeräumt hat und weder die erforderliche Satisdation leistet, noch sich sonst auf die gehörige Weise vertheidigt [31]). i) Wenn sie in die Güter desjenigen verfügt wird, welcher vor Gericht befragt worden ist und auf diese Frage nicht geantwortet hat, inwiefern er sich bei der nachfolgenden Klage nicht gehörig vertheidigt [32]). In allen diesen Fällen, welche wahrscheinlicher Weise zu der in bona missio rei servandae causa gerechnet wurden, erlangten die in den Güterbesitz des Schuldners eingewie-

---

20) Caius inst. III. §. 78—80. Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 609 u. 610. Eine geschichtliche Uebersicht dieser Missionsgründe gibt Stieber de bonorum emtione pars I. (Lipsiae 1827.) cap. II. §. 9—17. p. 25—53.

21) Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. L. 7. §. 1. D. 42. 4. verglichen mit den folgenden §§. — Fehlt das latitare, so wird nur die in bona missio verfügt. Vgl. L. 21. §. 2. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.)

22) L. 7. §. 9—12. D. 42. 4.

23) L. 6. §. 1. D. 42. 4. L. 3. pr. D. ibid.

24) L. 39. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) Abwesende anderer Art genießen diesen Vortheil nicht. L. 13. D. 42. 4.

25) Caius inst. III. §. 78.

26) Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. Caius inst. III. §. 78. L. 1. pr. u. §. 1. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) Vom suspectus heres, welcher sich weigert den Gläubigern auf ihr Verlangen Caution für die Abzahlung der Schulden zu leisten, spricht L. 31. pr. §. 1—5. D. 42. 5.

27) L. 7. §. 16—19. D. 42. 4.

27) L. 18. u. 19. D. de in ius vocando. (2. 4.) Vgl. Stieber l. c. p. 31—37.

29) L. 2. pr. D. 2. 4. Von diesem Falle handelt die Rede des Cicero pro Quinctio.

30) Cic. pro Quinctio cap. 19. §. 60. L. 13. D. 42. 4.

31) Lex de Gallia Cisalpina cap. 22. Vgl. Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Th. 1. S. 40 flg.

32) Lex de Gallia Cisalpina cap. 22.

senen Gläubiger die Befugniß, die Gütermasse zu verkaufen, selbst dann, wenn nur ein einziger Gläubiger die Mission erbeten hat [33]): freilich auch hier unter der Voraussetzung, daß alle Erfordernisse zur Mission vorhanden sind. Sonst gilt auch der in Folge der ertheilten Mission vorgenommene Güterverkauf für nicht geschehen [34]) und es konnte derselbe mit einer Klage, welche in der Form eines praeiudicium gegeben wurde, angefochten werden [35]). Das weitere Verfahren bei dem Güterverkaufe wird von Cajus [36]) und Theophilus [37]) so beschrieben. Es mußten die Gläubiger vor der Verwirklichung des Güterverkaufes einen dreifachen Zeitraum hindurch warten; der erste läuft von dem Zeitpuncte an, wo die Mission vom Prätor ertheilt worden ist und beträgt nach dem Zeugnisse des Cajus, falls der Gemeinschuldner noch lebt, dreißig Tage, falls derselbe bereits verstorben ist, funfzehn. Der Grund für diese Verschiedenheit liegt in der Fürsorge des Prätors, den Güterverkauf lebender Personen so lange als möglich aufzuschieben [38]). War die Zeitfrist abgelaufen, so kamen die Gläubiger zum zweiten Male vor den Prätor, um einen Mann zu bestellen, durch welchen der Güterverkauf verwirklicht werden soll [39]). Dieser heißt magister [40]) und wird gewöhnlich aus der Zahl der Gläubiger gewählt [41]). Die Wahl geschieht durch die Gläubiger selbst; falls es die Nothwendigkeit erheischt, können indeß auch mehrere magistri zugleich ernannt werden [42]). Dieser magister hat nun das Weitere des Güterverkaufes zu besorgen, wird in Eidespflicht genommen [43]) und ist den Gläubigern, welche ihn nicht mit gewählt hatten, nicht verantwortlich, wenn schon dieselben am Erlöse der Güter mit Theil nehmen können [44]); falls mehrere magistri zugleich erwählt sind, so haftet ein Jeder von ihnen, auch wenn er mit der Gütermasse gar nichts zu schaffen sich gemacht hat [45]), für das Ganze [46]). Zugleich mit der Erwählung des magister scheint die

---

33) Cic. pro Quinctio 23. §. 73. ad Att. I. 1. L. 5. §. 2. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.) L. 12. pr. D. 42. 5. L. 5. D. 42. 7. L. 15. §. 15. D. de damno inf. (39. 2.)

34) L. 7. §. 3, 9, 14 u. 15. D. 42. 4. L. 9. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis. (7. 72.)

35) L. 30. D. 42. 5.

36) Inst. III. §. 79.

37) Paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 620.

38) Caius inst. III. §. 79.

39) Caius III. §. 79. Theoph. l. c. III. 12. pr.

40) Caius l. c. Theoph. l. c. Cic. pro Quinctio cap. 15. ad Att. I. 1. VI. 1. Quinct. inst. orat. VI. 3. §. 51.

41) Caius l. c. Theoph. l. c.

42) Cic. ad div. XII 30.

43) Cic. ad div. XII. 30.

44) L. 5. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) L. 12. pr. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.)

45) L. 2. §. 5. D. 42. 7.

46) L. 3. D. 42. 7.

bonorum proscriptio[47]), d. h. der Erlaß von Proclamen, welche den Namen des Schuldners und den Tag des Verkaufes besagten[48]), erfolgt zu sein. In diesen Proclamen kündigten die Gläubiger den Güterverkauf an und luden dazu einen jeglichen, der kaufen wollte, ein. Sie sprechen darin in der ersten Person der Mehrzahl von sich und erscheinen mithin als Abfasser des Proclams. Dieß ist die Darstellung des Theophilus, welche auch dadurch unterstützt wird, daß Cajus[49]) die Proscription mit dem Ablaufe der ersten Frist in Verbindung bringt. Abweichend ist die Darstellung von Stieber[50]) und Zimmern[51]), welche den Erlaß der Proclame schon mit der Ertheilung der Mission in Verbindung bringen. Jedenfalls ist es aber nicht zu billigen, wenn andere Rechtsgelehrte[52]) annehmen, daß außer dem zur Mission nothwendigen Decrete des Prätors noch ein zweites Decret desselben zur Erlaubniß der Proscription der Güter nothwendig gewesen sei; eine Meinung, welche dadurch, daß Cicero in der Rede pro Quinctio nur ein einziges Decret des Prätors erwähnt, während er doch das zweite nicht hätte unerwähnt lassen können, wenn es nöthig gewesen wäre, widerlegt wird. Vielmehr verbindet Cicero recht absichtlich bei der Geschichtserzählung, welche seiner Vertheidigung des Quinctius zu Grunde liegt, die Proscription der Güter mit dem ersten Decrete des Prätors[53]). Nur wenn der Güterverkauf aus bestimmten Gründen beim furiosus und prodigus zu beschleunigen war, bedurfte es zur Verwirklichung des Güterverkaufes auch nach der Ertheilung der Mission noch eines besonderen Decretes des Prätor. — Nach dem Erlasse der Proclamen und der Wahl des magister kamen die Gläubiger zum dritten Male unter der Leitung der Obrigkeit zusammen[55]), um die sogenannte lex bonorum vendundorum abzufassen, d. h. den Inbegriff von Bedingun-

---

47) Brissonius selectae ex iure civili antiquitates lib. III. cap. 8. Es war nämlich Sitte, Alles, was man zur Kenntniß des Publicums bringen wollte, durch öffentlichen Anschlag an den belebten Theilen der Stadt bekannt zu machen. L. 11. §. 2—4. D. de institoria actione. (14. 3.)

48) Theoph. III. 13. pr. ed. Reitz tom. I. p. 610. Das Proclam heißt in der Kunstsprache libellus (Cic. pro Quinctio 6. §. 27, 19. §. 61, 20. §. 63. Tibullus carm. II. 4. 55. Seneca de benef. IV. 12.), titulus (Plin. epist. VII. 27.) album (Tabula Heracleens. aer. Bris. lin. 15. u. 18.

49) Inst. III. §. 79. Iubet ea (bona) per dies continuos XXX. possideri, tum proscribi; si vero mortui, post dies XV.

50) L. c. §. 19. p. 58.

51) Römischer Prozeß §. 79. S. 250.

52) So Sigonius de iudiciis I.18. Noodtius in comment. ad Dig. II. 4. u. A. S. die Literatur dieser Controverse bei Stieber l. c. §. 19. p. 58.

53) Pro Quinctio cap. 6. §. 25. vgl. mit §. 27. Siehe Stieber l. c. p. 59.

54) L. 7. §. 11 u. 12. D. 42. 4.

55) Theoph. l. c. p. 610. *εἶτα ὀλίγων παραδραμουσῶν ἡμερῶν ἐγίνετο καὶ τρίτη προσέλευσις.*

gen, unter welchen der Güterverkauf abgeschlossen werden sollte[56]). In dieser lex werden die Procente angegeben, welche der Käufer des Gutes (bonorum emtor) den einzelnen Gläubigern für ihre Schuldforderungen zu zahlen hat; wahrscheinlich wird es ferner durch des Theophilus Darstellung, daß in dieser lex auch die Forderungen der Massegläubiger im Einzelnen genau verzeichnet waren; endlich ist es nach dem Zeugnisse desselben Schriftstellers nicht zu bezweifeln, daß diese Bedingungen als Anhang zu den Proclamen öffentlich bekannt gemacht wurden[57]). Erst nach Ablauf von abermals dreißig oder zwanzig Tagen (dreißig, falls die Güter eines Lebenden verkauft wurden, zwanzig, falls der, dessen Güter verkauft wurden, verstorben war) erfolgte der Güterverkauf durch den magister. Der Zuschlag derselben geschah auf den Befehl des Prätor oder des Magistrats, welcher die Mission verfügt hatte[58]). Man bezeichnet die Handlung des Zuschlagens mit dem Ausdrucke bona addicere, bonorum addictio. Wahrscheinlicher Weise waren beim Verkaufe der Vermögensmasse auch Herolde (praecones) beschäftigt[59]). Das Kaufgeld wurde indeß nicht in einer runden Summe ausgebracht, sondern der Käufer hatte die Gläubiger pro parte zu befriedigen, d. h. er zahlte ihnen auf ihre Forderungen gewisse Procente. Unter gleichen Geboten hatten die Gläubiger und Verwandten des Gemeinschuldners den Vorzug; den Verwandten gingen indeß die Gläubiger vor und unter diesen entschied wiederum die Höhe des Betrages der Forderung[60]). — Fragt man, worauf sich der Güterverkauf erstreckte, ob auf das ganze Vermögen des Schuldners, oder ob nur ein Theil desselben so zum Verkaufe gebracht werden konnte, so ist wohl anzunehmen, daß in der Regel das ganze Vermögen verkauft wurde. Wenigstens deutet für die früheren Zeiten darauf unfehlbar die Aeußerung Cicero's, welcher die Unrechtmäßigkeit des gegen den Quinctius verfügten Güterverkaufes dadurch zu erweisen sucht, daß nur ein Theil seiner Güter

---

56) Theoph. l. c. p. 609 u. 610. Cic. pro Quinctio cap. 15. Aehnlich ist der Ausdruck lex parieti faciundo in der alten zu Puzzoli gefundenen Steintafel. S. Hauboldi opuscula academica tom. II. p. 438. und Spangenbergi Antiquitatis Romanae monumenta legalia p. 71.

57) Theophilus l. c. p. 611. *λοιπὸν γὰρ τῇ εἰρημένῃ προγραφῇ προσετίθεσαν τάδε.*

58) Caius inst. III. §. 79. Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 610. Für die im Texte angenommenen Zeitfristen spricht die Handschrift des Cajus, wenn schon Zimmern, Röm. Proz. §. 79. S. 253. Note 33, auch für den Fall des Güterverkaufes des Verstorbenen eine Zeitfrist von 15 Tagen annimmt. Dadurch würde eine gewisse Gleichmäßigkeit in diese Zeitfristen gebracht werden. Zweifelnd verhält sich Stieber l. c. §. 22. p. 66, welcher zwar auch die Zahlen bei Cajus für verdorben hält, sich aber insofern nicht bestimmt entscheidet, als er vorschlägt, an beiden Stellen entweder XV. oder XX. dies zu lesen.

59) Cic. pro Quinctio 15.

60) L. 16. D. 42. 5. L. 60. D. de pactis. (2. 14.) Vergl. Klenze in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6. S. 73 flg.

verkauft worden sei[61]). Für die späteren Zeiten, namentlich für das Zeitalter der classischen Juristen, scheinen die Ausdrücke bona vendere und emere, possideri, proscribi beweisend, welche sich in den Schriften derselben häufig vorfinden[62]), um den Güterverkauf im Ganzen zu bezeichnen, und in Verbindung mit anderen Stellen derselben Juristen nur auf die gesammte Gütermasse des Gemeinschuldners bezogen werden können[63]); auch scheint der Umstand entscheidend, daß der Käufer des Vermögens, welcher in der Kunstsprache bonorum emtor heißt, Universalsuccessor des Gemeinschuldners wird[64]) und als solcher eben sowohl die Activa erhält, als er die Passiva des Vermögens vertreten muß. Nur in manchen Fällen scheint ausnahmsweise der Güterverkauf nur auf einen Theil der Vermögensmasse sich erstreckt zu haben, nämlich dann, wenn der Wahnsinnige, in dessen Güter die Mission verfügt wird, von seinem Vormunde gerichtlich nicht vertreten wird[65]). Zweifelhafter ist es, seit wann der Verkauf der Güter eines Haussohnes erlaubt worden sei. Im Allgemeinen wirkte wohl auch hier die Regel des alten Civilrechtes ein, daß Hauskinder[66]) nichts Eigenes haben können. Daraus erklärt es sich ganz einfach, daß, wenn der Vater mit der de peculio actio belangt wird, auch in seine Güter die Mission ertheilt wird[67]). Später ließ man aber auch den Güterverkauf beim castrensischen Sondergut des Haussohnes eintreten[68]). Ein Gleiches muß indeß auch wohl für das quasicastrensische Sondergut angenommen werden, da dieses in jeder Beziehung dem castrensischen gleichgesetzt wird. — Die Wirkungen der bonorum venditio betreffend, so sind dieselben nach verschiedenen Seiten hin verschieden. Was zuerst die Person des Gemeinschuldners anbetrifft, so wird derselbe durch den Verkauf der Vermögensmasse infam[69]). Deßhalb pflegten die Erblasser, welche für ihr Vermögen Concurs fürchteten, einen necessarius heres, d. h. einen ihrer Scla-

---

61) Vgl. Stieber l. c. §. 18. p. 56.

62) Vgl. Stieber l. c. §. 3. p. 10—13.

63) L. 49. D. de verborum significatione. (50. 16.) Diese Stelle ist aus Ulpianus lib. LIX. ad Edictum, in welchem Buche derselbe Jurist die in bona missiones behandelte. Vgl. L. 3. 5. u. 7. D. quibus ex causis in possessionem eatur. (42. 4.) Ferner scheint die Bedeutung von bona in unserer Lehre identisch zu sein mit der des Wortes in der Lehre von der bonorum possessio, wovon Ulpianus lib. XXXIX. ad Edictum in L. 3. pr. D. de bonorum possessionibus (37.1.) spricht, da ja die bonorum venditio und die bonorum possessio zusammenhängen. Vgl. Cic. ad Atticum VI. 1.

64) Caius inst. III. §. 77. Just. inst. III. 12. pr. Theoph. paraph. l. c. tom. I.p. 611.

65) L. 7. §. 10. D. 42. 4.

66) Ulp. fr. 20. §. 10. Folgen dieses Satzes finden sich in pr. J. quibus non permititur fac. test. (2. 12.) L. 37. §. 1. D. de acquirendo rerum dominio. (41. 1.)

67) L. 50. pr. D. de peculio. (15. 1.) L. 7. §. 15. D. 42. 4.

68) L. 1. §. 9. D. de separationibus. (42. 6.)

69) Caius inst. II. §. 154. Cic. pro Quinctio 15. Tertull. apologeticon cap. 4. Vgl. Marezoll von der bürgerlichen Ehre S. 198.

ven unter Ertheilung der Freiheit zum Erben zu ernennen. Dann wurde dieser Erbe, er mochte wollen oder nicht; der Güterverkauf wurde im Namen des Erben, nicht in dem des Erblassers ausgebracht und dem Letzteren dadurch die Infamie erspart [70]), welche nach der strengeren Meinung den Erben traf, in dessen Namen der Güterverkauf verwirklicht wurde [71]). Gleichwohl hatte schon Sabinus und nach ihm wohl auch Fufidius angenommen, daß in diesem Falle auch der Erbe mit der Infamie zu verschonen sei, weil der Güterverkauf ohne seine Schuld herbeigeführt worden. Dagegen gestattete man dem necessarius heres, falls er nichts aus den Gütern des Patrons an sich genommen hatte, das beneficium separationis in Bezug auf das eigene Vermögen [72]); auch ließ man keinen zweiten Güterverkauf im Namen des Erben zu, außer wenn er etwas aus der Verlassenschaft erst späterhin erhalten [73]). Schuldner, welche von der Rechtswohlthat der bonorum cessio Gebrauch gemacht haben, trifft die Infamie nicht, auch wenn ihre Güter späterhin aus diesem Grunde verkauft worden [74]). Eine zweite Wirkung des Güterverkaufes in Rücksicht des Gemeinschuldners ist die, daß er Alles verliert, was einen Bestandttheil seines Vermögens bisher ausgemacht hat, selbst Rechte, welche nur an seine Person geknüpft sind, z. B. den Nießbrauch und die Klagerechte [75]). Vielmehr gehen dieselben auf den Käufer der Güter über, da dieser Universalsuccessor des Gemeinschuldners wird [76]). Ueberhaupt gehen die Klagen und Rechte des Gemeinschuldners wohl schon durch die Bestellung des magister auf diesen über, da dieser utiles actiones zu diesem Zwecke brauchen, und umgekehrt auch utiliter verklagt werden kann [77]). Wen der Magister substituirt, der erscheint als Vertreter des Magister. Was ferner die Wirkungen der bonorum venditio auf den Käufer des Gutes anbetrifft, so lassen sich dieselben auf die Universalsuccession desselben zurückführen. Er tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners ein, freilich nur nach prätorischem Rechte, nicht nach dem Civilrechte [78]), und wird

---

70) Caius inst. II. §. 154 u. 155. Ulp. fr. 22. §. 24. L. 1. §. 18. D. de separationibus. (42. 6.) Schon in der lex Aelia Sentia findet sich dieß angedeutet. Ulp. fr. I. §. 14.

71) Caius inst. II. §. 154.

72) Caius inst. II. §. 155. §. 1 u. 2. J. de heredum qualitate et differentia. (2. 19.)

73) Caius inst. II. §. 155. §. 1. J. 2. 19. L. 1. §. 18. D. de separationibus. (42. 6.)

74) L. 7. u. 8. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.) L. 11. C. ex quibus causis infamia inrogatur. (2. 12.)

75) L. 8. D. 42. 5. L. 4. D. de curatore bonis dando. (42. 7.)

76) Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 611. Vgl. Caius inst. IV. §. 35 u. 65.

77) L. 2. §. 1 u. 2. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) Daß diese Stelle ursprünglich vom magister sprach, beweisen die Worte: cuius bona veneant in L. 2. §. 1. D. 42. 7.

78) Theoph. paraphr. III. 12. pr. p. 611.

deßhalb mit dem bonorum possessor verglichen [79]). Daher gehen die Vermögensstücke, welche im vollen Eigenthume des Gemeinschuldners waren, nur in das bonitarische des Käufers über, wenn gleich derselbe berechtigt ist, auch das quiritarische Eigenthum daran durch Verjährung zu erwerben [80]). Auch die Klagrechte des Gemeinschuldners gehen auf den Käufer des Gutes über, freilich nicht direct, sondern nur utiliter. Zur Realisirung dieser Klagrechte wurden dem Käufer ficticiae actiones gegeben, von denen die eine den Namen vom Prätor Servius, die andere vom Prätor Rutilius erhalten hat. Daher die Namen Serviana und Rutiliana actio [81]). Bei der zuerst genannten Klage trat ebenso, wie bei dei der bonorum possessio, die Fiction ein, der Kläger sei Erbe; bei der letzteren hingegen wurde fingirt, der Kläger sei Procurator des Gemeinschuldners und klage in dessen Namen [82]). Wahrscheinlich hängt diese doppelte Form der Klagen mit der Verschiedenheit des Güterverkaufes Lebender und Verstorbener zusammen. Auf diesen Fall scheint sich die Rutilianische Klage zu beziehen, da der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers erlischt; auf jenen geht die Servianische Klage, da es doch wohl als unschicklich erscheinen muß, die Fiction der Erbschaft da eintreten zu lassen, wo von einer Erbschaft gar nicht die Rede sein kann. Daß die Rutilianische Klage älter ist, als die Servianische, geht daraus hervor, daß sie von demselben Rutilius, welchem man auch die Einführung der bonorum venditio zuschreibt, aufgestellt worden ist. Außer diesen Klagen hatte der Käufer der Gütermasse noch ein besonderes interdictum adipiscendae possessionis, welches dazu bestimmt war, demselben den Besitz der zur Gütermasse gehörigen, von anderen Personen besessenen Sachen zu verschaffen [83]). Es heißt in der Kunstsprache interdictum possessorium und scheint dem interdictum quorum bonorum nachgebildet zu sein [84]). Umgekehrt trat aber auch der Käufer der Gütermasse in alle Verpflichtungen und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners ein, freilich mit der Beschränkung der von dem letzteren geschuldeten Summen auf diejenigen Procente, welche überhaupt im Verkaufe der Gütermasse bedungen worden [85]); und es stand mithin den Gläubigern des Gemeinschuldners

---

79) Theoph. paraphr. III. 12. pr. tom. I. p. 611.

80) Caius inst. III. §. 80. Nur die Concubine des Gemeinschuldners und deren Kinder, ingleichen Statuen, welche zur Ehre des Gemeinschuldners auf öffentlichen Plätzen aufgestellt worden sind, gehen nicht auf den Käufer des Gutes über. Vgl. L. 38. §. 1. D. 42. 5. L. 29. D. ibid.

81) Caius inst. IV. §. 35.

82) S. Caius inst. IV. §. 35. vgl. mit §. 86. Vgl. Pügge im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 2. S. 93.

83) Caius inst. IV. §. 145.

84) Dieß geht aus der Verbindung hervor, in welcher der eben erwähnte §. 145 mit dem vorhergehenden steht.

85) Caius inst. IV. §. 65—67. Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 611.

zur Realisirung ihrer Ansprüche gegen den bonorum emtor der Weg der Klage offen. In diesem Falle brauchten sie dieselben Klagen, welche sie gegen den Gemeinschuldner gebraucht haben würden, aber nicht als directae, sondern als utiles actiones[86]). Falls aber der bonorum emtor gegen sie als Kläger auftrat, mußte er das, was er ihnen im Namen des Gemeinschuldners schuldete, vom Betrage der Klagsumme abziehen. Dieß geschah in der Form der deductio[87]). Durch diese deductio, welche zur condemnatio, nicht aber zur intentio der Formel gesetzt wird, wurde die Condemnation auf eine ungewisse Geldsumme reducirt, und es werden zugleich die für den Kläger sonst zu fürchtenden Folgen der Mehrforderung vermieden[88]). Das cum deductione agere unterscheidet sich vom cum compensatione agere namentlich dadurch, daß bei der Deduction auch Sachen verschiedener Gattung und Forderungen, deren Zahltag noch nicht gekommen ist, zu berücksichtigen sind, während bei der zuletzt genannten Klageform nur Sachen gleicher Gattung und bereits fällig gewordene Forderungen in Abzug gebracht werden. Auch wird die Compensation nicht mit der Condemnation, sondern mit der Intention der Klage in Verbindung gebracht, so daß, im Fall sie unterlassen wird, für den Kläger alle Nachtheile der Mehrforderung zu befürchten stehen.

Aus diesen Bemerkungen geht so viel als gewiß hervor, daß das Verfahren bei der bonorum venditio und ihre Wirkungen manche Aehnlichkeit mit dem heutigen Concursverfahren hat, freilich mit der Beschränkung, daß die bonorum venditio auch auf den Antrag eines Einzigen verfügt werden konnte[89]), wenn gleich es dann oft vorkommen mochte, daß sich die anderen Gläubiger dem Antrage des Einzelnen anschlossen[90]); ein Umstand, welcher wohl zur Annahme der Rechtsregel beigetragen hat, daß die auch nur Einem ertheilte missio rei servandae causa auch den übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners zu statten komme[91]), und es reichte schon hin, wenn sich die übrigen Gläubiger bis zur bonorum venditio meldeten[92]). Jedenfalls erhielten aber die Gläubiger, welche sich meldeten, an den Gütern nicht mehr und nicht minder Rechte, als ihnen gerade durch das Edict zugestanden worden waren[93]). Daher wird den Gläubigern das Recht abgesprochen, nach Erlangung der Mission die Güter des Gemeinschuldners unter sich zu theilen[94]), oder das Eigenthum derselben zu beanspru-

---

86) Theoph. paraphr. inst. III. 12. pr. ed. Reitz tom. I. p. 611.
87) Caius inst. IV. §. 65—67.
88) Caius inst. VI. §. 67.
89) Vgl. Stieber l. c. §. 18. p. 57.
90) Cic. pro Quinctio cap. 23. §. 73., ad Att. I. 1.
91) L. 5. §. 2. D. 36. 4. L. 12. pr. D. 42. 5. L. 5. D. 42. 7.
92) L. 5. D. 42. 7.
93) L. 14. §. 2. D. 42. 4. L. 9. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venundandis. (7. 72.) L. 6. C. ibid.
94) L. 9. C. 7. 72.

chen[95]), oder auf dem Wege der Klage geltend zu machen[96]); vielmehr wird überall die bonorum venditio als das einzige Mittel bezeichnet, mit welchem die Gläubiger ihre Ansprüche an die Gesammtmasse realisiren können. Indeß scheint es, daß auch nach ertheilter Mission der Güterverkauf selbst, wenn die Mission dem Edicte gemäß war, noch bis zum letzten Augenblicke durch Defension des Gemeinschuldners abgewandt werden konnte. Das ergibt sich theils daraus, daß bei dem Güterverkaufe Verstorbener eine kürzere Frist beobachtet wird, als bei dem der Lebenden[97]), theils daraus, daß der Defension, wenn sie mit der satisdatio iudicatum solvi verknüpft wird, noch bis zum letzten Augenblicke die Wirkung, die Mission zu vernichten, beigelegt wird[98]), theils endlich daraus, daß auch bei der Güterabtretung an die Gläubiger noch bis zum letzten Augenblicke Reue und Defension möglich ist[99]).

Die Prozeßregeln, nach welchen die bonorum venditio verfügt wird, sind folgende: a) sie wird an dem Orte verfügt, wo der Gemeinschuldner vertreten werden muß; also entweder an seinem Wohnorte (forum domicilii), oder da, wo der Contract, aus welchem die Klage entsteht, abgeschlossen worden ist[100]). b) Sie wird nur von dem Magistrate verfügt, welcher die Gewalt hat, sie zu verfügen[101]). Nach den Ansichten der römischen Juristen ist aber diese Befugniß ein Ausfluß des imperium[102]) und kann mithin nur solchen Magistraten, welchen das imperium wirklich zusteht, zukommen[103]). Den Municipalmagistraten, z. B. den Duumvirn, wird sie gänzlich abgesprochen.

Fragt man nach den Schicksalen der bonorum venditio im römischen Rechte, so läßt sich vom Standpuncte der classischen Juristen aus so viel mit Gewißheit behaupten, daß sie annoch geltendes Recht sei. Auch in einzelnen gleichzeitigen Rescripten des Justinianischen Codex wird sie noch als ein giltiges Rechtsinstitut behandelt und selbst zu den Zeiten Diocletians als fortbestehend erwähnt[104]); in dem Justinianischen Zeitalter hingegen war sie bereits abgekommen und Theophilus, der alte Erklärer der Justinianischen Institutionen, bringt damit den Umstand in Verbindung, daß zu seinen Zeiten nicht mehr die iudicia ordinaria, sondern extraordinaria sind, was mit dem Satze, daß früherhin die iudicia nur zur Zeit des conventus gehalten worden seien, zusammenfällt. Mit dem Verschwinden der

---

95) L. 8. C. ibid.
96) L. 6. C. ibid.
97) Caius inst. III. §. 79. Vergl. Püggé, im rheinischen Museum Th. III. S. 88 flg.
98) L. 33. §. 1. D. 42. 5.
99) L. 3. u. 5. D. de bonorum cessione. (42. 3.)
100) L. 1. u. 2. D. 42. 5.
101) L. 9. C. 7. 72. L. 5. C. ibid.
102) L. 26. pr. u. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.) L. 4. D. de iurisdictione. (2. 1.)
103) L. 6. u. 9. C. 7. 72.
104) Pr. J. 3. 12. ibique Theoph.

honorum venditio hängt auch die absichtliche Vertilgung des magister in den Fragmenten der Pandectenjuristen zusammen. Es lag nämlich im Plane der Pandectencompilatoren, veraltete Institute so wenig wie möglich zu berühren; daher die Einschiebung des curator bonis distrahendis in solchen Fragmenten, welche ursprünglich nur von dem magister gesprochen haben können[105]). Damit ist indeß noch keineswegs gesagt, daß die in bona missio rei servandae causa im Justinianischen Rechte außer Gebrauch gekommen sei. Vielmehr bestand diese als einleitendes Concursverfahren auch fernerhin noch fort, doch ward sie, anstatt wie früherhin mit der bonorum venditio, vielmehr mit der bonorum distractio in Verbindung gebracht und dadurch das Concursverfahren beschlossen.

Heimbach.

Börsen[1]). In allen großen Handelsstädten pflegten die Kaufleute und in Folge dessen auch viele derjenigen Personen, welche an der Betreibung des Handels durch gewisse Hilfsleistung theilnehmen, z. B. Mäkler, Schiffer, an einem bestimmten Orte, zu bestimmter Stunde zusammen zu kommen, um über Geschäftsangelegenheiten sich zu besprechen. Das Wort Börse bezeichnet eigentlich den zu dieser Versammlung bestimmten Ort, wird dann aber auch auf die Versammlung selbst übertragen, und da eben durch diese der Ort erst seine Wichtigkeit erhält, so ist in neueren Legaldefinitionen die Börse für die Versammlung der Kaufleute erklärt worden, wie es denn z. B. im französischen Handelsgesetzbuche (Art. 71) heißt: „die Handelsbörse ist die mit Ermächtigung der Staatsregierung stattfindende Versammlung der Handelsleute, Schiffscapitäne, Wechselagenten, Mäkler. Dem ist dann auch Mittermaier a. a. O. gefolgt, der die Börse für eine unter Aufsicht der Regierung stattfindende Versammlung von Kaufleuten oder zum Handel gehöriger Personen zur Schließung von Geschäften, Mittheilung von Handelsnachrichten und Bestimmung des Curses erklärt. In einem noch uneigentlicheren Sinne wird unter Börse wohl der Inbegriff der Kaufleute eines Ortes verstanden[2]). Man hat den Namen von der Familie van der Beurse hergeleitet, welche im 16. Jahrh. die erste Börse in Brügge, die das Vorbild der übrigen geworden sein soll, erbaut hat[3]). Mir scheint dieses wenig wahr-

---

105) Z. B. L. 2. §. 1. D. de curatore bonis dando. (42. 7.) Vergl. Merillius observationum lib. V. cap. 37, u. Stieber l. c. §. 20. p. 63.

1) Martens, Handelsrecht §. 32. Eichhorn, teutsches Privatrecht §. 388. Mittermaier, teutsches Privatrecht §. 375. Bender's Handlungsrecht Bd. 1. §. 171. Pöhls, Handelsrecht Bd. 1. §. 143—145. Sonnleithner, österreich. Handelsrecht S. 214. Pardessus Cours de droit de Comm. I. p. 191. Vincens expos. du dr. de Comm. I. p. 44. Mollot des bourses de commerce Paris 1832. Ludovici's Handelslex. Berghaus, Encycl. Scheibe, Handelslex. Hallische Encycl. der Wissenschaften (XXI S. 280. v. Bosse) s. v. Börse.

2) Pöhls S. 328.

3) Marquard de iure mercat. II. 6. p. 241.

scheinlich und ich gebe der anderen Ableitung von bursa den Vorzug[4]). Die einzelnen Genossenschaften der Kaufleute hatten nämlich wie Andere, z. B. die Studirenden auf den Universitäten, ihre Bursen, mit welchem Worte theils die Genossenschaft selbst, theils der Versammlungsort derselben (das Gildenhaus) bezeichnet wurde[5]). Der Name ist allerdings, wie Gilde selbst und andere Benennungen solcher Genossenschaften, von den Beiträgen entlehnt, die ein jedes Mitglied zu entrichten hatte[6]). Diese Gildenhäuser waren nun vorzüglich zur Berathung und Besprechung über genossenschaftliche Angelegenheiten und zu anderen genossenschaftlichen Zwecken bestimmt; zugleich dienten sie wohl auch, wie die meisten Gild- und Zunfthäuser, zu täglichen Besuchsorten für die Gildgenossen, ersetzten ihnen etwa unsere Caffeehäuser. Geschäftsangelegenheiten wurden dort besprochen und die Wein- oder Litkäufe wohl dort meist abgeschlossen. Unsere Börsen sind nun oftmals dadurch entstanden, daß die Kaufleute sich über einen Versammlungsort, der an die Stelle mehrerer Gildhäuser oder Börsen treten sollte, vereinigten, wobei sie ihre alten Gildhäuser zu genossenschaftlichen Zwecken beibehalten konnten. Ein solcher Ursprung der hamburger Börse ist urkundlich bekannt; sie ist im Jahre 1558 von den drei großen Kaufmannsgilden der Englands-Flandrer-Schonenfahrergesellschaft[7]) errichtet[8]), denen sich später (1577) die Societät der Lakenhändler anschloß. Anderer Orten ist die später s. g. Börse ganz unmerklich entstanden, indem das Haus einer Gilde allmählig der gemeinschaftliche Sammelplatz für die handeltreibende Bürgerschaft wurde. Man darf den Ursprung der Börsen aber nicht von den Lauben, Hallen, Kaufhäusern der Kaufleute in den Städten des Mittelalters ableiten[9]); diese dienten zum eigentlichen Waarenverkehr, nicht zu Besprechungen wie Gildhäuser und Börsen. — Zu dem Wesen dieser unserer Handelsbörsen gehört nun Folgendes:

---

4) Bender a. a. O. S. 374 sagt: Diese Ableitung von Börsen (nämlich von jenem Familiennamen) billige ich so lange, bis ich bessere Ueberzeugung durch weiteres geschichtliche Studium erlange. Es ist nun nicht bekannt geworden, wie weit der Verf. indeß in seinen geschichtlichen Studien gekommen ist, und wir müssen daher der Beurtheilung des Lesers überlassen, ob die hier gegebene Ansicht sich ihm empfiehlt.

5) Der Name Börse ist übrigens nicht allgemein; anderer Orten sind auch andere Namen, z. B. Loge (loggia), Wechselbank (exchange), Colleg gebräuchlich. Bender a. a. O.

6) Die Worte Gilde, Hanse, Gaffel (gabella) bezeichnen alle sowohl Abgaben (symbolum), als auch Corporation.

7) S. über dieselben Wilda's Gildenwesen im Mittelalter S. 269. — Diese drei Gesellschaften machten damals den meenen Kopman (die Gemeinheit der Kaufleute) aus; und Aelterleute derselben (zwei aus jeder Gesellschaft) bildeten den Vorstand, und vertraten die Stelle des jetzigen Comerciums.

8) Siehe die Fundationsurk. aus den Büchern der Börsenalten bei Klefeker, Sammlung hamb. Ges. Bd. 6. S. 429. Es wurde darin u. a. gesagt, daß keine Güter auf den Platz sollten gelagert, keine Wechselbank aufzustellen erlaubt werden.

9) S. oben Art. Banken Bd. I. S. 558.

1) Sie sind öffentliche Orte; sie stehen daher, wie die daselbst stattfindenden Versammlungen, unter einer besonderen Aufsicht der Obrigkeit; die Administration der Börse pflegte aber einer Behörde zuzustehen, die aus Mitgliedern der Kaufmannschaft, wohl auch unter Theilnahme von Magistratsgliedern besteht, so z. B. in Hamburg wird die Börse von den sogenannten Börsenalten, deren je 2 aus den 3 obengenannten alten Kaufmannsgilden gewählt werden, und durch 4 alternirende Rathsherren verwaltet[10]). Besondere Verordnungen (Börsenreglementordnungen) pflegen über die Benutzungsweise der Börse, die daselbst stattfindende Versammlung und dabei zu beobachtende Ordnung, die Art wie Curse bestimmt werden sollen u. s. w. das Nähere zu enthalten[11]). — Der Besuch der Börse ist einem Jeden gestattet, auch Frauen sind davon rechtlich nicht ausgeschlossen, wiewohl auch Handelsfrauen nicht selbst an der Börse zu erscheinen pflegen. Nur überwiesene Betrüger, leichtsinnige oder böswillige Bankerotirer pflegten nach manchen Börsenordnungen vom Besuche der Börse ausgeschlossen zu sein.

2) Die Börsen sind in der Regel gefriedete Orte, so daß es als ein Schärfungsgrund angesehen wird, wenn Verbrechen, z. B. Diebstähle, dort begangen sind, und Beleidigungen, die daselbst zugefügt, strenger als sonst (in Hamburg sogar ex officio) geahndet werden. Dagegen pflegt aber auch Niemand auf der Börse, selbst während der stattfindenden Versammlungen, arretirt werden zu können und es ist selbst dem Militär der Zutritt verboten[12]).

3) Ein Zwang, gewisse Handelsgeschäfte nur an der Börse, zur Börsenzeit (d. h. der gewöhnlichen Versammlungszeit) abzuthun, existirt im Allgemeinen nicht[13]). Dagegen pflegt aber das Resultat der kaufmännischen Geschäfte dort von besonders zu diesem Zwecke beeidigten Mäklern und Agenten festgestellt und so der Curs des Geldes, der Wechsel, Staatspapiere, der Preis-Courante, der Waaren bestimmt zu werden[14]). Es wird dieses wohl als die wesentlichste Bestimmung

---

10) Westphalen, hamb. Staatsverwaltungsbehörden (Hamb. 1828.) S. 219.

11) Wiener Börsenpatent von 1771. Berliner Börsenreglement vom 15. Juli 1805 in Mirthi's juristischer Monatsschrift Bd. 1. S. 452. Leipziger Börsenreglement vom 9. Jan. 1818. Berliner Börsenordnung vom 7. Mai 1825. Spanisches Gesetz über Börsen vom 24. Juli 1830. s. Zeitschrift für ausl. Rechtsw. und Gesetzgebung Bd. 6. S. 381. — Liebhold, Börsenordnungen der Städte Wien und Berlin, mit einem Worte über Börsenwesen, Erfurt 1826.

12) Pöhls a. a. O. S. 329.

13) Zuweilen ist dieses allerdings der Fall, siehe Sonnleithner a. a. O. §. 328. Note 1.

14) Franz. Handelsgesetzb. Art. 72. Das Resultat der Negotiationen u. Verträge, welche auf der Börse geschlossen werden, bestimmt den Curs der Wechsel, Waaren, Assecuranzen, der Schiffsfracht, Miethe der Land- und Wasserfracht, der Staatspapiere und sonstigen cursfähigen Effecten. Art. 73. Diese verschiedenen Curse werden von den Wechselagenten und Mäklern in der durch die allgemeinen oder besonderen Polizeiverordnungen vorgeschriebenen Form beurkundet.

der Börsen angesehen. Daß die Börse zugleich der Ort ist, wo alle das kaufmännische Publicum angehende Bekanntmachungen, Nachrichten u. s. w. durch Anschlag veröffentlicht werden, ergibt sich von selbst.

Mancher Orten gibt es noch Privatversammlungsstätten der Kaufleute, die oft eine ebenso große Bedeutung für die Handelswelt haben, als die Börsen, so z. B. Loyd's Caffeehaus in London, die Börsenhalle in Hamburg.

Wilda.

Brandstiftung, crimen incendii, besteht in der vorsätzlichen Anzündung einer fremden Sache mit Gefahr für Eigenthum und Leben Anderer.

Man hat in neueren Zeiten, in Lehr- und Handbüchern des gemeinen Criminalrechtes, diese Begriffsbestimmung des Verbrechens der Brandstiftung erweitert und angenommen, daß das Verbrechen bestehe: in Anzündung einer Sache mit Gefahr für Leben und Eigenthum Anderer [1]), indem man von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß auch die Fahrlässigkeit im Gebrauche des Feuers und Lichts, wenn dadurch ein mit Gefahr für Leben und Eigenthum Anderer verbundener Brand entstanden, und in eben dem Maße auch die Anzündung einer eignen Sache, selbst ohne die Absicht, dadurch Gefahr für Andere herbeizuführen, zu dem eigentlichen Verbrechen der Brandstiftung zu zählen sei. Es ist nun zwar nicht zu verkennen, daß unter gewissen Voraussetzungen auch die Fahrlässigkeit im Gebrauche des Feuers und die Anzündung eigner Sachen criminell straffällig sein kann, ebenso wenig aber auch, daß die Strafbarkeit dieser Handlungen und Unterlassungen auf ganz anderen Gründen beruht, als für das eigentliche Verbrechen der Brandstiftung angenommen werden müssen, welches seinerseits, wie schon der Name zu Tage legt und nach dem klaren Ausspruche des Gesetzes: Item die boßhaftigen überwunden Brenner sollen mit dem Fewer vom Leben zu Tode gerichtet werden (peinl. Gerichtsordnung Art. 125), ohne bösen Vorsatz gar nicht denkbar ist.

Dadurch wird von dem Begriffe der Brandstiftung ebenso wenig eine solche culpa lata ausgeschlossen, welche dem Rechte nach dem bösen Vorsatz gleich geachtet wird (L. 11. D. de incendio (47. 9.)), aber, wie später erörtert werden wird, von der bloßen Fahrlässigkeit im Gebrauche des Feuers und Lichts sorgfältig unterschieden werden muß (s. unten), als das Anzünden eigner Sachen, sobald dieses in der Absicht geschah, Gefahr für fremdes Eigenthum und Leben herbeizuführen, denn in einem solchen Falle kommt die eigne Sache, welche angezündet worden, nur als Mittel zur Brandstiftung, gleichsam als Brennmaterial in Frage.

Vergleicht man die angeführte, freilich höchst einfache, aber dennoch energische Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Carls V., welche ihrerseits, so wie sie mit Rücksicht auf die römischen

1) Feuerbach, Lehrbuch, 9. Aufl. §. 360.

Gesetze über das incendium gegeben ist, auch nur aus diesen Gesetzen ihre Erläuterung erhalten kann[2]), mit der Lehre über das Verbrechen der Brandstiftung, wie solche nach den Ergebnissen der Doctrin in den Lehrbüchern des Strafrechtes aufgestellt sich findet und zum größten Theile auch in neuere Gesetzbücher, wie das allgemeine preußische Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 1510. flg., das bayersche und das sächsische Strafgesetzbuch, das holländische und baselsche, auch österreich'sche, sowie die neuesten Strafgesetzentwürfe, den hannöverschen, würtembergischen, badenschen schwedischen mehr oder minder übergegangen ist, so stellt sich, um einen klaren Begriff davon zu geben, was hinsichtlich des Verbrechens der Brandstiftung die Gesetze verordnen und was nun als Ergebniß der Doctrin darüber gelehrt wird, die Nothwendigkeit heraus, Gesetz und Doctrin von einander zu trennen und das Ergebniß beider abgesondert darzustellen.

I. Nach gemeinem Rechte gehört, als durch die Gesetze begründet, zum Thatbestande des Verbrechens der Brandstiftung, des eigentlichen crimen incendii: 1) daß eine fremde Sache mit Gefahr nicht allein für Eigenthum, sondern auch für das Leben Anderer angezündet worden sei; 2) daß dieses in der Absicht von Seiten des Thäters geschehen sei, um diese Gefahr für das Eigenthum und Leben Anderer herbeizuführen. Beide Erfordernisse aber müssen zusammenkommen, um als subjectiver und objectiver Thatbestand das Verbrechen der eigentlichen Brandstiftung zu begründen.

Aus dem Ersteren folgt:

a) Es ist durchaus nicht erforderlich, daß das Feuer unmittelbar an eine fremde Sache angelegt sei, vielmehr kann auch das Anzünden einer eignen Sache, sofern dieses nur in der vorsätzlichen Absicht geschah, das Eigenthum und Leben Anderer dadurch in Gefahr zu setzen, das Verbrechen begründen; z. B. das eigne Haus wird in Brand gesteckt, um die in demselben wohnenden Miethsleute und deren Eigenthum, oder die Nachbarn u. s. w. zu beschädigen. (L. 4. D. de officio praef. vigil. (1. 15.)) Ohne jene Absicht aber, die indeß, wo Zurechnungslosigkeit nicht etwa aus anderen Gründen angenommen werden muß, bei einer derartigen vorhandenen oder wirklich eingetretenen Gefahr immer vorausgesetzt werden muß, kann das Anzünden eigner Sachen niemals als Verbrechen der Brandstiftung betrachtet werden, mag es auch immer als culpose Brandstiftung und vielleicht in einem hohen Grade strafbar sein.

b) Es ist ganz gleichgiltig, ob die Sache, welche in Brand gesteckt wird, eine bewegliche oder unbewegliche ist, sobald nur mit deren Anzündung Gefahr für das Leben und das Eigenthum Anderer verbunden ist, z. B. beim Anzünden einer Pulvertonne. Unter dieser Voraussetzung kann auch durch das Anzünden beweglicher Sachen unmittelbar das Verbrechen der eigentlichen Brandstiftung verübt wer-

---

2) Martin, Lehrbuch §. 181.

den, und es kommen daher diese nicht blos als Mittel zur Brandstiftung in Betracht[3]). (L. 9. D. de incendio (47. 9.))

c) Dagegen kann aber auch an unbeweglichen Sachen keine Brandstiftung verübt werden, sobald dabei Gefahr für Leben und Eigenthum Anderer ausgeschlossen ist, wie z. B. bei einem abgesondert von anderen Wohnungen stehenden unbewohnten oder unbewohnbaren Gebäude. Eine nur gegen fremdes Eigenthum allein gerichtete Handlung der Art geht als Verbrechen in das der Gewalt über, oder verpflichtet nur zum Schadenersatz. (§. 13. J. de Lege Aquilia (4. 4.) L. 27. §. 7. 8. D. ad L. Aquiliam (9. 2.); denn Gefahr für menschliche Wohnungen und mithin für das Leben Anderer ist das wesentlichste Erforderniß des Verbrechens der eigentlichen Brandstiftung: acervumque frumenti iuxta domum positum, L. 9. cit. de incendio, und die aufgestellte entgegensetzte Meinung[4]) wird weder durch den Ausdruck casu im L. 28. §. 12. D. de poenis (43. 19), noch durch das quasi incendiarius in der hier gar nicht her gehörigen L. 73. D. de usufructu (8. 1.) gerechtfertigt[5]).

Aus dem Anderen geht hervor:

a) Daß zwar ohne bösen Vorsatz eine Sache in Brand zu stecken, wodurch Leben und Eigenthum Anderer in Gefahr gesetzt wird, boßhaftig überwunden Brenner der subjective Thatbestand einer eigentlichen Brandstiftung nicht angenommen werden kann, daß es dabei aber auch weder auf den Zweck des Thäters, d. h. ob dieser auf die Gefährdung des Lebens und des Eigenthums Anderer, oder auf Beides zugleich gerichtet gewesen, noch auf dessen Motive, insofern der Brandstiftung nur Rache oder gar die Verübung anderer Verbrechen zu Grunde lag, ankommen kann, vielmehr die vorsätzliche Anzündung einer mit solchen Gefahren verbundenen Sache vollkommen genügt. (L. 28. §. 12. D. cit. de poenis. L. 10. D. ad L. cornel. de sicariis. (48. 8.)

b) Daß zwar criminalrechtlich auch von culposer Brandstiftung die Rede sein kann, diese aber, wegen der besonderen Natur des Verbrechens, nur bei dem Vorhandensein einer solchen culpa lata angenommen werden darf, welche civilrechtlich dem dolus gleich gestellt werden müßte (tam lata culpa, ut luxuriae aut dolo sit proxima. L. 11. D. cit. de incendio), und daher sorgfältig unterschieden werden muß von der bloßen Fahrlässigkeit im Gebrauche des Feuers und Lichts, welche immer nur eine Polizeistrafe nach sich ziehen kann, so herbe diese auch ausfallen mag, insofern Schadenersatz nicht geleistet werden kann: si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigetur. L. 9. D. cit. de incendio. Eine criminell strafbare culpose Brandstiftung kann daher

---

3) And. Mein. ist Martin a. a. O.
4) Martin a. a. O. §. 182. Note 12.
5) Feuerbach a. a. O. §. 362. Note a. Tittmann, Handbuch Th. III. §. 533.

nur durch positive, den Brand verursacht habende leichtsinnige (luxuria) oder schuldvolle Handlungen begründet werden, z. B. Schießen mit Feuergewehr in Häusern und unter Strohdächern, Anfachung von Feuer an gefährlichen Orten.

Zur Vollendung des Verbrechens der Brandstiftung gehört es nach gemeinem Rechte, daß die Sache, an welcher das Feuer angelegt worden, und deren Verbrennung unmittelbar vom Thäter beabsichtigt, auch wirklich in Brand gesteckt, d. h. eine Feuersbrunst wirklich erregt worden sei: combusserit, exusserit. L. 9. cit. de incendio. L. 10. cit. ad L. Cornel. de sic., also mit allen den Gefahren für Person und Eigenthum Anderer, welche mit der Brandstiftung verbunden sein müssen, um das crimen incendii zu begründen. Besondere exceptionelle, von allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen über Vollendung und Versuch des Verbrechens abweichende Bestimmungen enthalten weder die römischen Gesetze, noch die peinliche Gerichtsordnung und sie wissen nichts von den Distinctionen, ob die dem Verbrennen geweiht gewesene Sache blos geglimmt oder schon angebrannt gewesen, ob sie Flamme oder nur Kohle gegeben u. s. w.[6]); vielmehr sind diese Unterscheidungen lediglich Eigenthum der Doctrin, die ihrerseits eben in diesem Puncte so durchaus wesentlich von den Gesetzen abgewichen ist, daß durch deren Lehren die Brandstiftung gleichsam zu einem exceptionellen Verbrechen und jedenfalls in ein ganz anderes umgewandelt worden ist, als dasjenige, was die Gesetze mit einer so furchtbaren Strafe bedroht haben. Vielmehr muß man annehmen, daß nach gemeinem Rechte die Regeln über Vollendung des Verbrechens und über die Classification und Strafbarkeit wie Strafloſigkeit dieses letzteren ganz nach den allgemeinen deshalb giltigen und in den Gesetzen so wie in der Natur des Strafrechtes liegenden Grundsätzen sich richten. So wenig daher z. B. ein Mord als vollendet angenommen werden kann, wenn der von dem Thäter geführte Hieb oder Schuß verfehlt oder der Tod des Verwundeten nicht erfolgt ist und dann nur von einem mehr oder weniger beendigten, mehr oder weniger strafbaren Versuch des Verbrechens die Rede sein kann, so muß Gleiches auch von dem Verbrechen der Brandstiftung gelten, so lange nicht die Sache, an welche Feuer angelegt worden, wirklich in Brand gerathen ist; wobei es dann freilich nicht übersehen werden darf, daß zu dem Begriffe der Brandstiftung nicht die Verletzung oder Vernichtung des Eigenthums und Lebens eines Anderen, sondern nur die Gefahr für das letztere erfordert wird: acervus iuxta domum positus.

Von einer Unterscheidung in einfache und qualificirte Brandstiftung wissen die Gesetze ebenso wenig, als von der in Brand und Mordbrand[7]), wiewohl auch schon die römischen Gesetze eine Abstufung der Strafe des vorsätzlichen Brandstifters nach der Gefähr-

---

6) Tittmann, Feuerbach, Martin a. a. O.
7) Tittmann a. a. O. §. 532. Feuerbach a. a. O. §. 363.

lichkeit der Handlung (intra appidum — insula, L. 28. §. 12. und L. 10. cit.) kennen und deshalb einfache Todesstrafe und den Feuertod androhen.

Die peinliche Gerichtsordnung bestimmt für boshafte Brandstifter allgemein und ohne Ausnahme die Strafe des Feuertodes; die Praxis hat dieses aber mit Recht nach Anleitung der römischen Gesetze erklärt und gemildert und, wo diese einfache Todesstrafe oder noch geringere festsetzt, diese angewendet. Ob unter dem Feuertode der Carolina die vivi cunbustio der Römer zu verstehen sei, möchte man nicht ganz zweifelsfrei bejahen können, gewiß ist es aber, daß in der Anwendung viel weniger grausam verfahren wird, namentlich im Königreiche Preußen, wo diese Strafe noch gesetzlich für Brandstifter erneuert ist.

II. Wesentlich verändert ist das Verbrechen der Brandstiftung durch die Doctrin worden, welche sich denn auch durchgängig einen durchgreifenden Einfluß auf die schon vorhin genannten neuen Gesetzgebungen verschafft hat. Diese Veränderung besteht darin:

1) Daß man nicht blos polizeilich, sondern criminalrechtlich eine Verpflichtung zur Vorsicht bei dem Gebrauche des Feuers und des Lichts angenommen, und sonach auch ein Verbrechen der Brandstiftung aus Fahrlässigkeit statuirt hat (s. unten). 2) Daß eine Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze über Vollendung und Versuch der Verbrechen bei der Brandstiftung gänzlich ausgeschlossen ist und durchaus abweichende Begriffe darüber festgestellt worden sind.

Als eigentlichen Vater dieser Interpretation des Art. 125 der peinlichen Gerichtsordnung darf man Böhmer und als Quelle derselben dessen Ausspruch in seinem Commentar zur Carolina[8]) betrachten: Nam absurdum est eum e classe incendiariorum expungere velle, qui aedificium vere incendit, et quantum in ipso fuit, integram civitatem in periculum consumtionis coniecit, etsi illud fecerit servatum; denn wenn auch viel Mehreres, Ausführlicheres und Härteres von späteren Criminalisten darüber vorgebracht worden ist, so ist doch Besseres und dem Rechte an sich weniger Entgegenstehendes darüber nicht gesagt worden[9]). Es ist indeß leicht ersichtlich, daß der Grund, welcher in dieser ganz veränderten, durch die Doctrin hervorgerufenen Stellung des crimen incendii gegen die, welche dieses Verbrechen nach gemeinem Rechte einnimmt, nicht als ein Rechtsgrund, sondern im mildesten Sinne nur als ein polizeilicher betrachtet werden kann, daher denn auch, was immer und kaum mit irgend einer Ausnahme die Folge solcher Einmischungen fremdartiger Rücksichten in das Criminalrecht ist, ungeachtet boshafte Brandstifter nicht mehr mit dem

---

8) J. S. F. de Boehmer meditat. ad const. crim. Carolinam art. 125. §. 1.

9) Hofacker im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. V. S. 94 flg. Werner, Handbuch des peinl. Rechtes, §. 67 flg. Salchow, Darstellung der Lehre von Strafen, Th. II. §. 261.

Feuertode bestraft werden, die Brandstiftung jetzt zu einem weit ausgedehnteren und härter bestraften Verbrechen geworden ist, als sie es früher gewesen. Denn was früher nur als Versuch zum Verbrechen, ja in manchen Fällen, z. B. wo die ausgebrochene Flamme durch eigne reuevolle Thätigkeit des Thäters sofort wieder gelöscht worden ist, als criminalrechtlich strafloser Versuch betrachtet werden konnte, ist jetzt schon zum vollendeten, mit den allerhärtesten, ja mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechen herangereift. Den eigentlichen Vortheil von der Doctrin haben nur die wirklichen boshaften Brandstifter und Mordbrenner gehabt.

An einem andern Orte habe ich ausgeführt, daß diese doctrinäre Abweichung von den allgemein anerkannten Grundsätzen des Strafrechtes in Beziehung auf die Vollendung und den Versuch der Verbrechen, bei dem Verbrechen der Brandstiftung ihren Grund weder in der Gerechtigkeit, noch der Nothwendigkeit habe, sondern lediglich in der Furcht, der Furcht, die zitternd vor der Gefahr, welcher Leben, Gesundheit und Eigenthum ausgesetzt sind, die Fragilität aller dieser Güter nicht anerkennen, sondern an dem Werkzeuge ihrer Zerstörung, so oft abhängig von dem krankhaften Willen eines Feindes, rächen will[10]). Und das ist auch der Wahrheit vollkommen gemäß, wie das schon daraus hervorgeht, daß alle von späteren Rechtslehrern aufgestellten, und großentheils auch in neuere Gesetze und Gesetzentwürfe übergegangenen Merkmale der Vollendung des Verbrechens der Brandstiftung durchaus unabhängig sind von dem Willen und der Thätigkeit des Thäters und gleichsam dem Zufalle hier das Richteramt übertragen ist.

Vergebens wird man daher nach einer Uebereinstimmung in der Lehre von dem Einflusse dieser Zufälligkeiten suchen, denn wenn der Eine fordert, daß die Flamme an dem Brande der Hauptsache schon emporgelodert sei und sich der Art über den Gegenstand verbreitet hat, daß Feuerlärm entstanden, genügt es dem Anderen, daß überhaupt eine Flamme entstanden, und noch Anderen, daß der Brennstoff von dem Brennmaterial der zum Verbrennen bestimmten Sache sich mitgetheilt und diese geglimmt habe. Es ist demnach unmöglich, allgemein giltige Regeln darüber festzusetzen. Da, wo nicht neuere Gesetzgebungen, wie in Bayern, Sachsen, Oesterreich, eine bestimmte, jedoch nur wenig und unwesentlich veränderte Vorschrift deshalb enthalten, scheinen in Territorien des gemeinen Rechtes meistentheils die Bestimmungen des allgemeinen preußischen Landrechtes hierüber sowie über die Einwirkung der thätigen Reue durch Hilfeleistung beim Löschen als Milderungsgrund der Strafe in die Praxis aufgenommen zu sein, mit Ausnahme jedoch des dort angedrohten Feuertodes, welcher in die Todesstrafe der Enthauptung gemildert und auch nur da angewendet wird, wo mehrere menschliche Wohnungen, unter Gefahr für eine ganze

---

10) Kritische Beleuchtung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, Celle und Hannover 1828. Th. II. S. 153 flg.

Stadt oder ein ganzes Dorf und vieler Menschen Leben, im Feuer aufgegangen sind.

In einem Puncte hat jedoch auch von der Strafrechtspflege jene Fragilität aller irdischen Güter anerkannt und das strafende Schwert der Gerechtigkeit aus der Hand gelegt werden müssen, nämlich da, wo nicht blos die gewöhnliche Zurechnungslosigkeit des Thäters, sondern der schon längst von Aerzten und Psychologen beobachtete unwiderstehliche Brandstiftungstrieb ins Leben tritt, welcher zunächst mit der Entwicklungsperiode, besonders beim weiblichen Geschlechte, und auch mit dem Heimweh in naher Verbindung stehen soll[11]). Doch diese Nachtseite der menschlichen Natur ist noch zu wenig beleuchtet, als daß darüber Erschöpfendes vorgetragen werden könnte.

Brandstiftung aus Fahrlässigkeit. Es ist dieselbe von der criminalrechtlich strafbaren culposen Brandstiftung wohl zu unterscheiden, denn das gemeine Recht kennt die Fahrlässigkeit im Gebrauche des Feuers und des Lichts als Criminalverbrechen nicht, vielmehr verpflichtet dieselbe nur zum Schadenersatz, ohne daß jedoch, wo dieser nicht geleistet werden kann, Civil- oder Polizeistrafen ausgeschlossen wären. (L. 9. D. de incendio. (47. 9.) L. 28. §. 12. D. de poenis. (48. 19.)) Erst in späteren Zeiten hat man eine Verpflichtung zur besonderen Vorsicht bei dem Gebrauche des Feuers und des Lichts und eine Verletzung dieser Pflicht als strafbares Vergehen angenommen[12]), was dann auch mehr und weniger in die oben genannten neuern Gesetzgebungen übergegangen ist. Die Strafe wird gewöhnlich nach den allgemeinen Regeln über die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit bestimmt, jedoch kann bei einer sehr groben Fahrlässigkeit (supina negligentia) die Strafe bis zur Zuchthausstrafe von mehreren Jahren steigen[13]). Gewöhnlich wird in Fällen der Art auf eine höhere als Gefängnißstrafe nicht erkannt[14]). Die Unterschiede zwischen culposer Brandstiftung und durch Fahrlässigkeit bewirktem Brande sind bereits oben angegeben; es werden dieselben aber nicht immer sorgfältig beachtet, von so großer, wesentlicher Bedeutung diese Unterschiede auch sind.

Brandstiftung als Betrug. Es kommt dieselbe hauptsächlich bei Brandversicherungen und insonderheit des Mobiliarvermögens vor, insofern dieses oder auch Gebäude zu einem höheren Betrage, als deren Werth ist, versichert und dann den Flammen durch den Eigenthümer Preis gegeben werden. In neueren Zeiten hat dieses eine sehr große Bedeutung erlangt, da bei der Concurrenz der Brandversicherungsgesellschaften und der großen Schwierigkeit einer umfassenden obrig-

---

11) Henke, Abhandlung aus dem Gebiete der gerichtlichen Medicin, Th. III. S. 187 flg.

12) Sam. Stryk, Diss. de incendio casuali, Frankf. 1667. II. §. 17—20. Boehmer ad Carpzovii Qu. 39. obs. 3.

13) Tittmann a. a. O. §. 539.

14) Feuerbach a. a. O. §. 367.

keitlichen Controle, die Versicherungen über den Werth sehr erleichtert werden. Hier wäre ein Feld, wo obrigkeitliche und polizeiliche Einwirkungen mit der größten Schärfe auftreten könnten. Gute Winke darüber werden in dem Badischen Archive für Rechtspflege und Gesetzgebung ertheilt[15]). Das Verbrechen selbst wird nach den allgemeinen Regeln über den Betrug bestraft; sofern durch dasselbe zugleich auch, mit Gefahr für Eigenthum und Leben Anderer, eine wirkliche Brandstiftung verübt wird, kommen die über diese geltenden Grundsätze uneingeschränkt und ohne Rücksicht darauf, daß unmittelbar eine eigne Sache angezündet worden, zur vollen Anwendung. (Siehe oben.)

S. P. G.

Braunschweig. Das Herzogthum Braunschweig (Wolfenbüttel)[1]), im vormaligen teutsch-niedersächsischen Kreise, von den preußischen und hannöverschen und zum Theil von den anhaltbernburgschen Landen begrenzt, zählt jetzt auf 71 Geviertmeilen an 250,000 Einwohner, die in 12 Städten und 933 Flecken, Dörfern und Weilern leben. Das Herzogthum zeichnet sich durch sein Alter und die Rolle, die es, theils mit Hannover und Lüneburg früher vereint, theils später getrennt und selbstständig, in der teutschen Geschichte spielte, vor vielen anderen bemerkenswerth aus. Vom uralten Geschlechte der Welfen oder Guelfen abstammend, machte sich der Lande Ahnherr, Heinrich der Löwe († 1195), durch innere und äußere Fehden berühmt. England nahm ihn, den vom Kaiser und Pabste Verfolgten, während des Bannes freundlich auf, und eben dieses England bekam aus Heinrichs späteren Nachkommen sein jetziges Königshaus[2]). Heinrichs Sohn Otto bestieg den teutschen Thron und sein Enkel Otto das Kind ging nach längeren Fehden aus einem Vertrage mit Kaiser Friedrich II. (1235) als An- und Lehnserbe der Herzogthümer Braunschweig-Lüneburg hervor. Schon unter seinen Söhnen Albrecht und Johann wurden die Lande getheilt. Der Erste behauptete Braunschweig sammt Kalenberg und Göttingen und auf den Zweiten ging Lüneburg über[2]) (1269). Seit dieser Theilung wurde Lüneburg nicht wieder mit Braunschweig-Wolfenbüttel vereinigt und schon zehn Jahre später (1279), als Albrechts Söhne, Heinreich der Wunderliche, Albrecht der Feiste und Wilhelm loosten, nahmen die beiden Ersten auch Kalenberg und Göttingen hinweg und Wilhelm blieb Herzog von Braunschweig. Fielen

---

15) Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherz. Baden v. Duttlinger, v. Weiler u. Kettenacker, Th. III. 1834. S. 282 flg.

1) Zum Unterschiede von Braunschweig-Lüneburg, welches früher verbunden war, jetzt aber von der hannöverschen Linie besessen wird.

2) Unter Georg Ludwig von Braunschweig-Lüneburg, der als Georg I. das jetzige englische Regentenhaus Hannover begann (1714).

3) Origines Guelph. T. 4. p. 17. Rethmeyer, braunschweig.-lüneb. Chronik, Th. 1. S. 491. Pfeffinger, braunschw. Histor. Th. 1. S. 130.

auch durch Vererbungen, durch Theilungen und Wiedertheilungen [4]) die beiden letzten Fürstenthümer hin und wieder an das Haus Braunschweig zurück, gingen auch wohl selbst einzelne Theile des Lüneburgischen einst an Braunschweig über, so muß doch die Trennung der beiden Häuser von 1269 an als geschehen betrachtet werden, und nur Stammverwandtschaft und Verträge bringen mit sich, daß beide Häuser bei Erlöschung des einen oder anderen Namens sich gegenseitig beerben und daher im vollen Titel sich Herzöge von Braunschweig und Lüneburg schreiben.

In des Schicksals Waage liegt, ob das seit 1814 (auf dem wiener Congresse) zum Königreiche Hannover erhobene Braunschweig-Lüneburg der Krone den Herzogshut beifügen oder Braunschweig den Hut mit der Königskrone vertauschen wird. Beide Häuser zählen der Nachkommen wenige, Braunschweig-Wolfenbüttel am wenigsten.

Das Recht der Erstgeburt und zwar in des Erstgeborenen männlicher Linie herrscht in beiden Häusern. Nur nach Erlöschung des Mannsstammes im Gesammthause geht die Regierung auf die weibliche Linie nach gleichen Grundsätzen über [5]).

Ein Vertrag zwischen Herzog Heinrich dem Jüngern und seinem Bruder Wilhelm war es, der schon früher (1532) die Nachfolge auf die Grundsätze der Erstgeburt und das 18. Lebensjahr als das der Regierungsmündigkeit festsetzte [6]).

Von den Söhnen Friedrich Wilhelms, Karl und Wilhelm, verließ der Erste in Folge eines Aufstandes in der Stadt Braunschweig das Land (Sept. 1830), und seitdem erfreuen sich die Staaten der Regierung Herzogs Wilhelm (August, Ludwig, Wilhelm, Maximilian, Friedrich geboren 1804), der sich zugleich als Erbe des Herzogthums Oels in Schlesien Herzog zu Braunschweig, Lüneburg und Oels schreibt. Herzog Wilhelm übernahm die Regierung nach einem in das Land ergangenen Patente vom 28. Sept. 1830 bis auf Weiteres aus eigenem Antriebe. Später geschah solches aber definitiv, oder mittelst eines Beschlusses des teutschen Bundes und der Agnaten, wodurch zugleich der Herzog Karl für regierungsunfähig erklärt war.

Es heißt in einem zweiten Patente vom 20. April 1831: Von Seiten des teutschen Bundes sei mittelst Beschlusses vom 2. Dec. 1830 Herzog Wilhelm ersucht, die Regierung des Herzogthums Braunschweig bis auf Weiteres zu führen, Alles, was zur Erhaltung der Ruhe und Sicherheit sowie der gesetzlichen Ordnung im Herzogthume erforderlich,

---

4) Ueber die verschiedenen Familien- und Erbverträge vergl. du Roi, Anleitung zur Kenntniß der Quellen ꝛc. S. 48 flg.

5) Vergl. braunschweig'sches Landesgrundgesetz (Landschaftsordnung) vom 12. Oct. 1832. §. 14.

6) Wismann, Annalen der braunschweig.-wolfenb. Landschaft, Nr. 16. Du Roi, Anleitung ꝛc. S. 59. Der Punct wegen der Regierungsmündigkeit wurde streitig und im Landesgrundgesetze vom 12. Oct. 1832. §. 15. vertragsmäßig auf 18 Jahre festgesetzt.

vorzukehren, und daß dieses auf Veranlassung des teutschen Bundes geschehen, öffentlich bekannt zu machen. Zugleich — heißt es ferner — sei auch die Einladung an die berechtigten Agnaten des Herzogs Karl ergangen, diejenige definitive Anordnung für die Zukunft zu treffen, welche die dauernde Ruhe und gesetzliche Ordnung in dem Herzogthume Braunschweig erheische, in Gemäßheit der herzoglich braunschweigischen Hausgesetze und des Herkommens zu berathen und zu bewirken, sowie auch eine baldige Benachrichtigung über die in solcher Art getroffene Feststellung dem teutschen Bunde zur Anerkennung zukommen zu lassen.

Der Herzog Wilhelm sagt darin ferner: Je weniger er Anstand nehmen könne, das an ihn gerichtete Ersuchen durch seinen vorläufigen Zwischentritt die Erhaltung gesetzlicher Ordnung zu bewirken, zu erfüllen, desto schwerer sei es bis jetzt den Agnaten geworden, der Einladung Folge zu leisten, da Se. Majestät der König von Großbritannien und Hannover durch vorliegende notorische Thatsachen zu der reifsten Ueberzeugung von der absoluten Regierungsunfähigkeit des Herzogs Karl gelangt wäre, und er, Herzog Wilhelm, so gern er in seinen brüderlichen Gesinnungen sich eines Anderen überredet hätte, sich dennoch einer gleichen Ueberzeugung nicht habe erwehren können.

Die berechtigten Agnaten hätten alle Mühe angewandt, um der Nothwendigkeit überhoben zu werden, über jene Thatsachen absoluter Regierungsunfähigkeit sich öffentlich auszusprechen und hierauf jene vom teutschen Bunde erwartete Anordnung zu gründen.

Da jedoch alle Bemühungen ohne Erfolg gewesen, so hätten die Agnaten auf den Grund jener nicht zu verkennenden Thatsachen nothgedrungen sich dahin vereinigt, daß die Regierung im Herzogthume Braunschweig als erledigt anzunehmen und unter Aufrechthaltung der über Primogenitur in dem Hause Braunschweig-Wolfenbüttel bestehenden Verträge und des pactum Henrico-Wilhelminum sowie der auf solche sich gründenden Successionsrechte definitiv auf ihn, den Herzog Wilhelm, in der Eigenschaft des nächsten Agnaten mit allen verfassungsmäßigen Rechten und Pflichten eines regierenden Herzogs von Braunschweig übergegangen sei. Er, der Herzog, erkläre also damit, daß er im Einverständnisse mit seinem Oheime, des Königs von Hannover und England Majestät, die Regierung der Lande von heute an definitiv antreten und nicht allein den Huldigungseid entgegen nehmen, sondern auch die Benachrichtigung über das Geschehene dem teutschen Bunde zukommen lassen wolle. — Die Huldigung ist erfolgt und dem Vernehmen nach auch die Benachrichtigung an den teutschen Bund [7]).

In Verbindung mit diesem Patente steht ein Hausgesetz vom 24. October 1831 [8]), zwischen dem Könige von England und dem Herzoge Wilhelm von Braunschweig, unter Beitritt der königlichen Brüder und

---

7) In das Land selbst ist über diese Benachrichtigung nichts ergangen.
8) Veröffentlicht den 31. Dec. 1832 in der Verordnungssammlung vom Jahre 1832. Nr. 37.

Prinzen von England, Ernst[9]), August Friedrich und Adolph, wodurch bestimmt wurde:

1) Die Prinzen und Prinzessinnen des Gesammthauses sind verbunden, zu den Ehen, welche sie einzugehen beabsichtigen, die Einwilligung des regierenden Herrn ihrer Linie nachzusuchen, welche übrigens bei ebenbürtigen Ehen, ohne etwa eintretende besondere Gründe, nicht versagt werden wird. 2) Die Beurtheilung der Frage: ob Gründe die Einwilligung zu versagen vorhanden sind oder nicht, steht dem regierenden Herren in jedem Falle ausschließlich zu. 3) Die Einwilligung wird in einer schriftlichen Urkunde ertheilt, welche von dem regierenden Herrn eigenhändig vollzogen und mit dem Staatssiegel sowie mit der gewöhnlichen Contrasignatur versehen ist. 4) Eine Ehe, die ohne förmlich erfolgte Einwilligung des regierenden Herrn eingegangen ist, überträgt auf die darin erzeugten Kinder weder ein Successionsrecht in den zum teutschen Bunde gehörenden Staaten des Gesammthauses Braunschweig-Lüneburg, noch die Befugniß, sich des Ranges, Titels und Wappens des durchlauchtigsten Hauses zu bedienen.

In der Zeichnung des Umrisses vom staats- und privatrechtlichen Zustande des Herzogthums verdienen einige innere Landeseigenthümlichkeiten der Erwähnung. Im Innern des Herzogthums spielte die Stadt Braunschweig eine merkwürdige Rolle. Sie zeichnete sich früh durch Handel und Betriebsamkeit aus, trat darauf in den mächtigen Bund (die nordische Hanse genannt[10])), erlangte vom Kaiser und Reiche besondere Freiheiten — Messen, Privilegien und eigene Gerichtsbarkeit — wuchs zu einer unverhältnißmäßigen Größe heran[11]), machte sich durch Reichthum und Anlehen die eignen Fürsten abhängig[12]), kurz sie gelangte dahin, einen Staat im Staate zu bilden. Die Fürsten wurden aus ihrer Mitte vertrieben, mußten die benachbarte Patrimonialstadt Wolfenbüttel zur Residenz wählen und konnten unter zahlreichen Befehdungen erst gegen Ende des 17. Jahrhunderts[13]) dahin gelangen, die Stadt zur Unterthänigkeit und Landeslasten heranzuziehen[14]). Eben diese Stadt war es aber auch, die das Land früh und spät im Handel eine Rolle spielen ließ, obwohl kein schiffbarer Strom den Verkehr begünstigt[15]). Eine eigne Wechselordnung[16]) und besondere Handelsgerichte (zur Zeit der beiden Messen) regeln den kaufmännischen Verkehr.

Wir heben nun, soviel zu unserem Zwecke dient, die äußeren und

---

9) Jetzigen König von Hannover.

10) Vergl. Sartorius, Geschichte des hanseatischen Bundes.

11) Sie umfaßte von jeher den siebenten Theil der Landeseinwohner — ein Verhältniß das sich selten findet. — Sie zählt jetzt über 36,000 Seelen.

12) Mehrere Landestheile wurden ihr verpfändet.

13) Herzog Rudolph August unterwarf die Stadt 1671.

14) Seit 1753 wurde Braunschweig auch Residenzstadt.

15) Die Einnahme für Waarensteuern kann über 300,000 Thlr. jährlich gerechnet werden.

16) Vom 1. Aug. 1715.

inneren Rechtsverhältnisse heraus, den geschichtlichen Faden wo möglich beibehaltend.

I. Früher wurde das Land, soviel zuvörderst dessen äußere Verhältnisse betrifft, von Kaiser und Reich zu Lehn getragen[17]) und war außerdem den verfassungsmäßigen Reichslasten und Reichsgerichten unterworfen[18]).

Als der teutsche Kaiser im Jahre 1809 die Krone niederlegte, nahm dieser Zustand ein Ende. Ein drückenderer begann durch Besitznahme der Lande von Seiten des Kaisers der Franzosen und Einverleibung derselben (1808) zum Königreiche Westphalen, bis Herzog Friedrich Wilhelm gegen Ende des Jahres 1813 das väterliche Erbe wieder gewann.

Mit dem Jahre 1814 ging auch das Herzogthum Braunschweig in den teutschen Bund und dessen Verfassung über. Die Souveränetät der Regenten war davon Folge, ebenso die landständische Verfassung und die Verbindlichkeit ein Contingent von 2180 Mann Militär halten und zu den sonstigen Bundestagskosten beitragen zu müssen.

Braunschweig hat in Gemeinschaft mit Nassau im Bundestage eine und im Plenum zwei Stimmen. Die gesandtschaftlichen Vertretungen bei auswärtigen Höfen betrugen für die letzte dreijährige Finanzperiode 10,250 Thlr. Zu Verträgen mit auswärtigen Regierungen gehören: 1) die gegenseitige Aufhebung des Abschosses oder Abzugsrechtes am Vermögen bei Auswanderung der Unterthanen mit mehreren teutschen Staaten, sowohl ganz, als theilweise[19]). 2) Die Verträge über gegenseitige Auslieferung der Verbrecher mit den hannöverschen Landen vom 10. März 1738 und 12. April 1798[20]) und mit den preußischen vom 7. Februar 1827. Der letzte bezieht sich jedoch blos auf Forstfrevler in den Grenzwaldungen[21]). Ueberhaupt herrscht im Lande der Grundsatz, daß die Auslieferung von Landeseinwohnern an fremde Regierungen nicht stattfinde, verfassungsmäßig[22]), und entgegenstehende Verträge sind nur als Ausnahmen von der Regel anzusehen[23]). 3) Der Vertrag vom 1. Mai 1834, wonach Hannover und Braunschweig in einen gemeinschaftlichen Zollverband getreten sind[24]).

---

17) Der Lehnbrief ist, wie schon bemerkt, von 1235.

18) Hatte jedoch, gleich mehreren Anderen, ein privilegium de non appellando (auf 2000 Goldgulden) und electiones fori.

19) Sie fangen von 1761 an und gehen bis 1806. Vgl. Fredersdorf Promt. Th. 1. S. 3. und Th. 7. S. 1. Die Bundesacte ordnet jedoch Freizügigkeit an und eben so das Landesgrundgesetz vom 12. Oct. 1832. §. 35.

20) Fredersdorf a. a. O. Th. 7. S. 217.

21) Rescript vom 7. Aug. 1832. Vgl. Bege, Repert. Bd. 3. S. 172.

22) Grundgesetz vom 12. Oct. 1832. Art. 206.

23) Es verdient erwähnt zu werden, daß Landeseinwohner, welche im Auslande strafbare Handlungen begangen haben, im Lande dann zur Untersuchung und Strafe gezogen werden, wenn die Handlungen nach gemeinem teutschen Strafrechte mit Strafen bedroht sind. Landesgrundgesetz vom 12. Oct. 1832. §. 205.

24) Wegen der Nachsteuer vergl. Gesetz vom 33. April 1835.

4) Vertrag gleicher Art mit dem Großherzogthume Oldenburg vom 7. Mai 1836[25]). 5) Vertrag ähnlicher Art mit dem Königreiche Preußen, soviel einige Grenzgebiete betrifft, vom 20. December 1837. 6) Vertrag mit Preußen, Bayern, Sachsen, Würtemberg, Baden-Hessen-Cassel, Hessen-Darmstadt, den zum thüring'schen Zoll- und Handelsvereine gehörenden Staaten Nassau und der Stadt Frankfurt, wegen Beförderung der gegenseitigen Verkehrsverhältnisse, vom 1. Nov. 1837. 7) Vertrag mit Hannover und Oldenburg vom 6. März 1837 über die Art der Besteuerung verschiedener Waaren. 8) Vertrag mit Hannover, die Uebernahme der Posten gegen eine jährliche Abfindungssumme betreffend, vom Mai 1835. 9) Dergleichen mit Preußen, den gestatteten Durchmarsch und die Verpflegung der Truppen betreffend, vom 30. Juni 1818. 10) Dergleichen mit Preußen, Hannover und Hessen, die wechselseitige Auslieferung der Deserteure und ausgetretenen militärpflichtigen Einwohner betreffend, vom 30. März, 4. Mai und 15. Juni 1819[26]). 11) Dergleichen mit Hannover, die Feststellung der gegenseitigen Landesgrenzen betreffend, vom 24. Juni 1825. 12) Beitritt zu dem Vertrage vom 11. Oct. 1829 zwischen Sachsen, Hannover, Oldenburg, Hessen u. s. w. die Erleichterung im Handel betreffend, publicirt am 22. Juli 1830. 13) Dergleichen die von Braunschweig über Wolfenbüttel nach Harzburg führende Eisenbahn betreffend im Jahre 1837.

Die Bahn hat vornämlich den Zweck, die Erzeugnisse und Bedürfnisse der beiden Städte Braunschweig und Wolfenbüttel und des flachen Landes mit dem gebirgigen Theile, dem Harze, auszuwechseln. Eben dieser, durch seine Bergwerke früher mit Hannover gemeinschaftliche, Harz gab Veranlassung zu einem Vertrage vom 4. Oct. 1788 zwischen dem Könige Georg III. als Kurfürsten von Hannover und dem Herzoge Karl Wilhelm Ferdinand von Braunschweig, wodurch die Gemeinschaft aufgehoben und gegenseitig Grenzen und Theilnahme (zu $\frac{3}{7}$ von Braunschweig) festgestellt wurden[27]).

II. Nicht minder erheblich sind die Verträge im Innern zwischen Fürsten und Land, die, wenn sie zu einem Ergebnisse führen, d. h. einen schriftlichen Abschluß, Verbindlichkeit und Bekanntmachung erhalten, unter den Namen Landtagsabschiede, Landesrecesse, landschaftliche Privilegien vorkommen.

Die Geschichte des Landes überliefert uns dergleichen Verhandlungen schon vom Jahre 1314 und namentlich deren drei im 14., neun im 15. und elf im 16. Jahrhunderte. Nur einige derselben sind gedruckt[28]).

---

25) Publicirt den 6. Sept. 1836.

26) Die allgemeine Cartelconvention des teutschen Bundes ist am 8. April 1831 publicirt.

27) Vgl. Annalen der braunschweig'schen Lande von 1789, 3. u. 4. Stück. Du Roi, Anleitung S. 73.

28) Vgl. braunschweig'sche Händel Th. 1. S. 284, 310, 315, 317. Th. 2. S. 1034. Rethmeier, braunsch.-lünb. Chronik. Ribbentrap u. Seif-

Dem Bauer räumte man wegen des fehlenden Grundeigenthumes — wenigstens der Theorie nach — früher keine Stimme ein. Nur die Geistlichkeit, der Adel und die Städte glaubten Wortführer sein zu können, und so bildeten denn auch in den herzoglich braunschweig'schen Landen diese, unter dem Namen der Curien, die Landesvertreter, den Fürsten und deren Anträgen gegenüber.

Mit dem Ende des 16. Jahrhunderts, namentlich unter dem Herzoge Heinrich Julius im Jahre 1597, bekam die Sache jedoch eine festere Gestalt, sowohl was den größeren Umfang der berathenen Gegenstände, als die Rechte und Verbindlichkeiten sammt deren Veröffentlichung betrifft. Die ältere Volksvertretung in den erwähnten sogenannten drei Curien blieb zwar dieselbe [29]), allein die Ergebnisse der Berathungen wurden von nun an nicht allein zu verbindlichen Landesgrundgesetzen erhoben, sondern auch gehörig publicirt und von Zeit zu Zeit vervollständigt. Auch bildete sich in dieser Periode die fortdauernde Theilnahme der Landstände an den Landesangelegenheiten dahin aus, — besonders seit 1770 — daß hauptsächlich für die Steuersachen ein bleibender engerer Ausschuß unter dem Namen Schatzcollegium angeordnet wurde, der bis zur französischen Besitznahme der Lande (1808) sein Amt ausübte. Von den Landtagsabschieden und Grundgesetzen aus dieser Periode verdienen besonders folgende ausgehoben zu werden:

1) Landtagsabschied vom 3. Juni 1597, worin außer den Steuersachen besonders die Erblichkeit der Bauergüter, deren Dienste und Zehnten eine festere Grundlage erhielten[30]). 2) Der gandersheim'sche L.-A. v. 10. Oct. 1601, der jedoch weniger für die herzoglichen Lande verbindend ist [31]), weil er zwischen dem Herzoge Heinrich Julius und den kalenberg'schen Ständen errichtet wurde. 3) Der wolfenbüttelsche L.-A. v. 27. Jan. 1619, worin mehrere Puncte des sogenannten salzdahlumschen Landtagsabschiedes (von 1597) bestätigt und ergänzt, auch manche andere, die Abgaben, Rechtspflege und Polizei berührende, Puncte geordnet wurden. 4) Im Jahre 1770, bei einer vornämlich durch die Nachwehen des siebenjährigen Krieges herbeigeführten, starken Schuldenlast, wurde besonders das Bedürfniß gefühlt, die Rechte und Befugnisse der Landschaft mehr befestigt und ausgedehnt zu sehen. Die erste Zusammenkunft nach Beendigung des Krieges wurde also dazu benutzt, neben Berathung der Landesangelegenheiten auch die ständischen Befugnisse zu ordnen. Unterm 9. April 1770, unter der Regierung Herzog Karl des Aelteren, kam daher nicht allein ein Landtag

---

fert, Sammlungen der Landtagsabschiede. Liebhaber, Landrecht Bd. 1. S. 272.

29) Erst später wirkte das französisch-westphälische Beispiel über allgemeinere ständische Vertretung sowie die Anordnungen der Bundesacte.

30) Er kam zu Salzdahlum unter mehreren stürmischen Begebenheiten zu Stande, wozu die Vertretung der Stadt Braunschweig Veranlassung gab. Vgl. Gesenius, Meierrecht Th. 1.

31) Die Unverbindlichkeit wird in der Praxis angenommen, obwohl man früher darüber stritt. Vgl. Du Roi, Anleitung ꝛc. S. 101.

sammt Abschiede, sondern auch unter eben dem Datum sogenannte Privilegien und Befugnisse gesammter Landschaft zu Stande[32]). Sie enthalten vornämlich die Bestimmung, daß die Landstände nicht eher dem Fürsten zu huldigen verbunden, bis sie über den Punct der Vererbung des Landes auf den Erstgebornen, überhaupt über die Erfüllung des Vertrages zwischen den Herzögen Heinrich dem Jüngern und dessen Bruder Wilhelm (punctum primogenitурae und pactum Henrico-Wilhelminum)[33]) gehörig vergewissert worden[34]). Die Landstände sollen danach ferner als ein Körper betrachtet werden, als Repräsentanten des Landes auf Landtagen erscheinen und die Unterthanen verbunden sein, sich den Inhalt der von Seiten der Stände mit der Landesherrschaft errichteten Verträge gefallen zu lassen. Die drei Curien — Prälaten, Ritterschaft und Städte[35]) — sollen in ihrer Integrität erhalten werden und kein Stand versinken oder ausgehen[36]), sollen canzleisässig sein[37]), Sportel- und Stempelfreiheit genießen und dürfen auf dem Ihrigen Schäfereien anlegen[38]). Im Herzogthume soll ferner die reine evangelische Lehre beibehalten und den Ständen vor Antretung der Regierung eine Religionsassecuranz ausgestellt werden[39]). Der Landesherr soll keine Theile des Herzogthums ohne Zustimmung der Stände veräußern dürfen. Die Stände sollen nicht gehalten sein Schulden zu übernehmen, die ohne deren Zustimmung gemacht worden[40]), und ohne deren Vorwissen und Bewilligung dürfen keine Landschatzungen und Steuern ausgeschrieben werden[41]). Die Landmiliz darf ohne Beirath und Bewilligung der Stände nicht vermehrt werden[42]). 5) An diese Privilegien schloß sich ein unter dem Namen Rezeß vorkommender Abschied vom 2. Sept. 1775, der vornämlich landesherrliche Zusagen enthielt über Verbesserung des Kirchen- und Schulwesens und des Prozesses, über Freiheit der Landstände von Gerichtssporteln, Zoll- und Brückengelder, über das Einstellen der herrschaftlichen Brauereien u. s. w.[43]) Seit diesem Recesse ruhte die landständische Thätigkeit in der altbraunschweig'schen Verfassung, soviel das Zusammentreten auf Landtagen betrifft. Man begnügte sich mit dem

---

32) Beide sind gleich den Vorigen einzeln gedruckt. Sie sind an Liebhabers Einleitung in das herzogl. braunschweigsche Landrecht, Th. 1. S. 356. angehängt.

33) Wie vorhin bemerkt, im Jahre 1535 errichtet.

34) Privilegien Art. 9.

35) Von den Städten schickte nur Braunschweig und Helmstedt jede einen Abgeordneten in der Person des Bürgermeisters.

36) Privilegien Artikel 5. Später erhielt der Prälatenstand durch den Reichsdeputationsschluß von 1803 eine Erschütterung.

37) Art. 11.

38) Art. 31.

39) Art. 1.

40) Art. 21.

41) Art. 26.

42) Art. 46.

43) Vgl. v. Liebhaber, Landrecht Th. 1. S. 463 flg.

Einverständnisse zwischen dem Fürsten und dem fortwährenden Ausschusse, dem sogenannten Schatzcollegium, und die wohlthätige Regierung Herzog Karl Wilhelm Ferdinands vom Jahre 1780 bis 1806 hat vornämlich deshalb keinen allgemeinen Landtag aufzuweisen, weil bis dahin die Vorschrift über ein festes periodisches Einberufen nicht existirte. 6) Den kräftigsten Beweis einer eben so weisen als uneigennützigen Sorgfalt für Landeswohlfahrt lieferte dieser edle Fürst durch einen Vertrag mit der Landschaft vom 1. Mai 1794[44]), worin er aus eignem freien Antriebe sich und seinen Nachfolgern die Hände band, dahin, daß ohne Zustimmung des Ministeriums und des engeren Ausschusses der Landschaft und bevor die sorgfältigste Untersuchung über Nothwendigkeit oder Nützlichkeit vorangegangen, kein Landesfürst auf den Credit der Kammer Schulden machen dürfe, daß ferner auf Abtragung der bisherigen Kammerschulden ein thätiges und sorgfältiges Augenmerk zu richten sei[45]). 7) So standen Braunschweigs öffentliche Angelegenheiten, als nach dem Abschlusse des tilsiter Friedens der Eroberer des Landes, Kaiser Napoleon, solches dem Königreiche Westphalen einverleibte, diesem unterm 15. Nov. 1807 eine Constitution gab und vom 1. Januar 1808 an das französische Gesetzbuch (Code Napolèon) einführte.

In einem Publicationspatente vom 21. September 1808 hieß es: Seit dem 1. Jan. 1808, wo in Gemäßheit des 45. Art. der Constitution das Gesetzbuch Napoleons in dem Königreiche zur Anwendung gekommen ist, haben die römischen, canonischen und ehemaligen teutschen Reichsgesetze wie auch die besonderen Gesetze und Verordnungen der Länder, aus welchen das Königreich besteht, ingleichen die allgemeinen oder örtlichen Observanzen und Gewohnheiten, Statuten und Vorschriften aufgehört, in Ansehung derjenigen Gegenstände, worüber das Gesetzbuch Napoleons Verfügungen enthält, die Kraft eines allgemeinen oder besonderen Gesetzes zu haben. Damit waren denn bis zum Anfange des Jahres 1814 die altbraunschweig'schen Gesetze in das Grab gelegt.

Für das Königreich Westphalen wurde eine Versammlung der Reichsstände angeordnet, die ihren Sitz in Cassel hatte, und zu den verfassungsmäßigen Verordnungen gehörte vornämlich, daß ein eignes Abgabensystem (aus den sogenannten directen und indirecten Steuern bestehend), verbunden mit einer Civilliste, angeordnet und die früheren Landesschulden auf $\frac{1}{3}$ reducirt, übrigens aber Leibeigenschaft aufgehoben, Gewerbefreiheit eingeführt und Ablösung jeder Rente (also Zinsen, Zehn-

---

44) Fredersdorf, Promt. herzoglich braunschw. Verordnungen Th. 6. S. 56.

45) Nach einer früheren Ordnung floß der jährliche Ueberschuß aus der Verwaltung der Kammergüter (wohin besonders die herrschaftlichen Domänengüter gehörten) in die herzogliche Privatcasse. Der Fürst entbehrte also selbst durch diese Anordnung. Wegen der landes- oder landschaftlichen Schulden (verschieden von Kammerschulden) war, wie wir sahen, schon 1770 Vorkehrung getroffen.

ten, Dienste u. s. w.) sowie des Lehnsverbandes nachgelassen wurde. Zum besonderen Drucke des Landes gereichte ein Vertrag des Königs Hieronymus mit seinem Bruder, dem Kaiser, über einen großen Theil der Domänen, welche diesem und dessen Generalen (den sogenannten Donatären) überlassen werden mußten; ferner die Veräußerung eines großen Theils der Krongüter und die Einrichtung einer Casse (der sogenannten Amortisationscasse), worin sämmtliche Cautionsgelder der Angestellten, die gerichtlichen Depositа u. s. w. flossen und — verloren gingen.

Das französische Gesetzbuch fand Anerkennung, ebenso die allgemeine Landesvertretung; nicht weniger die scharfe Trennung der Justiz von der Verwaltung, eine lobenswerthe Polizei und Gewerbefreiheit. Schwierigkeiten fand der Prozeß und dessen Ordnung, Mißbilligung die geheime Polizei. Mit diesen wenigen Zügen fertigen wir diese Zwischenregierung ab. Sie ist der Geschichte verfallen und einige Einrichtungen wurden nur deshalb erwähnt, weil sie die sogleich zu bemerkenden braunschweig'schen Uebergangsverordnungen (transitorische) erklären.

III. Das Ende des Jahres 1813 führte den Braunschweigern ihren angestammten Regenten, Herzog Friedrich Wilhelm, wieder zu und mit ihm beginnt die neubraunschweig'sche Periode. Das Land wurde, zwar nicht auf die frühere Weise, doch aber vaterländisch angemessen reorganisirt. Die Steuern behielt man einstweilen bei, mit dem 1. März 1814 aber wurden die fremden Einrichtungen, Prozeß und andere Gesetze, größtentheils abgestellt[46]) und in Hinsicht auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse hieß es in der in der Note angeführten Verordnung (§. 9.): Alle zur Entscheidung der Gerichte kommenden Gegenstände werden nach denjenigen Rechten beurtheilt, welche zu der Zeit Gesetzeskraft hatten, als das Geschäft, von welchem die Rede ist, seine Entstehung erhielt.

Die älteren braunschweig'schen Landesschulden wurden anerkannt, mußten liquidirt und die Hypotheken bei den neuen Behörden angemeldet werden. Ueber die Anwendung der westphälischen Gesetze auf bürgerliche Rechtsverhältnisse, namentlich soviel die Veräußerungen und Ablösungen betrifft, wurde der Grundsatz angenommen, daß als giltig contrahirender Theil nur derjenige zu betrachten sei, welchem die Befugniß, über den fraglichen Gegenstand zu verfügen, vor dem 1. Januar 1808 rechtsmäßig zustand, oder auf welchen sie seitdem durch einen giltigen Rechtstitel übergegangen. Für Verträge und Verfügungen, die sich hiernach als rechtsbeständig nicht darstellen, wurde eine Aufkündigungsfrist von zwei Jahren gesetzt[47]). Soviel die in Folge der all-

---

46) Die Verordnung vom 15. Jan. 1814 regulirt provisorisch die Justiz- und Polizeiverfassung und eine Verfügung vom 3. Februar 1814 den Prozeß. Das Land wurde in erster Instanz in 21 Kreise und Kreis- oder Stadtgerichte getheilt, erhielt für die erste Berufungsinstanz ein Landesgericht und für die zweite und letzte eine Appellationscommission. Das Landesgericht hatte die Competenzsumme von 100 Thlrn. und die Appellationscommission von 1000 Thlr.

47) Verordnung vom 2. Jan. 1818.

gemeinen Gewerbefreiheit angelegten neuen Mühlen betrifft, wurde ein Provocationsverfahren und eine gerichtliche Untersuchung und Entscheidung darüber angeordnet: ob diese Mühlen zum Bedürfnisse des Publicums ferner erforderlich, und wenn sie dieses sind, ob und in welchem Maße sie den alten Müller für entzogene Nahrung durch Uebernahme oder Abnahme der Lasten zu entschädigen haben[48])? Der Vorschrift der Bundesacte, die Einführung landständischer Verfassung betreffend, konnte erst später im Jahre 1819 genügt werden. Nach dem Tode des Herzogs Friedrich Wilhelm (1815) hatte der damalige Prinz Regent von England (nachmalige König Georg[49])) die ihm im herzoglichen Testamente übertragene Vormundschaft[50]) der beiden minderjährigen Herzöge Karl und Wilhelm übernommen und auf dessen Anordnung wurden im Jahre 1819 die älteren Stände des Landes zusammenberufen, um die Vorschläge über die neue Verfassung zu hören und darüber zu berathen.

Als Ergebniß dieser Berathung erschien unterm 25. April 1820 eine erneuerte Landschaftsordnung, worin die Landesvertretung vervollständigt und namentlich auch sämmtliche Städte und die auf dem Lande und in den Städten wohnenden Schrift- und Freisassen als Abgeordnete berufen waren. Die gesammte Landschaft, das jetzt vereinigte Fürstenthum Blankenburg[51]) mit eingeschlossen, wurde in zwei einander an Rechten ganz gleiche Sectionen getheilt, deren erste die Hälfte der Prälaten und die Besitzer der früher landtagsfähigen Güter, die zweite aber die andere Hälfte der Prälatencurie, die Deputirten der Städte und die Abgeordneten der Besitzer ländlich freier Güter bilden sollen.

Außer der allgemeinen Berathung der des Landes Wohlfahrt betreffenden Gegenstände wurde besonders Steuerbewilligungs- und Verwaltungsrecht bestätigt und zu dem Ende statt des früheren Schatzcollegiums ein sogenanntes Landessteuercollegium angeordnet, welches von dem Landesherrn und den Ständen gemeinschaftlich besetzt und abhängig sein soll. Sowie bei Auflegung neuer Steuern, so soll auch die Einwilligung der Stände erfordert werden, wenn auf den Credit des Landes Anlehen contrahirt und Staatsgüter oder Einkünfte verpfändet und veräußert werden. Ein neues bürgerliches oder Strafgesetzbuch sowie neue Prozeß- und allgemeine Polizeiordnungen, eben so wenig andere wesentliche Veränderungen in der Landesverfassung und Verwaltung dürfen nicht ohne Berathung mit den Ständen eingeführt werden und Vorschläge zu neuen Gesetzen und Anordnungen sowie

---

48) Verordnung vom 3. Oct. 1816 und 7. Oct. 1836.

49) Unter ihm der Graf von Münster, ein Mann, der sich sowohl auf dem wiener Congresse, als auch für die braunschweig'schen Lande, wo er konnte, thätig und umsichtig bewies.

50) Verordnung vom 6. Sept. 1819.

51) Früher bestand Blankenburg als ein für sich bestehendes Fürstenthum, welches seine eignen Gerichte und Regierungen hatte und einen Abgeordneten zum Landtage sandte.

Beschwerden über höhere Landesbehörden und Staatsdiener stehen den Ständen frei. Gesetze über Militärpflichtigkeit und Aushebung der Mannschaft sollen mit den Ständen berathen werden. Das Landessteuercollegium soll zugleich den bleibenden Ständeausschuß während der Landtage bilden und neben demselben noch ein größerer Ausschuß von neun Mitgliedern bestehen, die die Stände wählen. Dieser wird bei wichtigen Angelegenheiten den Mitgliedern des Landessteuercollegiums beigeordnet. Der Landschaft wurde ein eignes Siegel und die Wahl und Anstellung eines Landsyndicus zugestanden. Alle drei Jahre muß regelmäßig ein Landtag gehalten werden, außerordentlicher Weise auch dann, wenn der Landesherr besondere Veranlassung dazu findet.

Die Geschäftsordnung, Wahl des Präsidenten und Vicepräsidenten und des den Landsyndicus vertretenden Secretärs sind besonders vorgeschrieben. Vor dem Schlusse des Landtages muß das Ergebniß der Beschlüsse in einem Abschiede oder Recesse zusammengetragen und durch den Druck veröffentlicht werden. Der Landesherr kann nach dem Antritte seiner Regierung die Erbhuldigung nicht eher verlangen, bis derselbe die Landschaftsordnung angenommen und bestätigt und die früher erwähnten Versicherungen über Primogenitur und das pactum Henrico-Wilhelminum ausgestellt hat. Der Landtagsabschied wurde am 25. April 1820 genehmigt und veröffentlicht[52]).

Das Ergebniß der Berathungen in einzelnen Gesetzen war vornämlich: a) eine modificirte Gewerbe- und Gildeordnung vom 29. Oct. 1821; b) eine Verordnung, die Gewerbesteuer betreffend, von eben dem Datum[53]); c) eine dergleichen, die Stempelsteuer betr., v. e. d. Dat.; d) dergleichen, die Personalsteuer betr., von demselben Datum; e) dergleichen, die Ausgleichung der öffentlichen Abgaben betr., v. dems. D.[54]); f) ein sogenanntes Cantonreglement, das nach dem Bundesbeschlusse vom 9. April 1818 zu haltende Militär betr., vom 30. Juli 1821; g) die Kriegsartikel vom 29. Oct. 1821.

Die nächste dreijährige Periode der landständischen Versammlung füllte der Landtag vom Jahre 1823 aus und dessen Abschied vom 11. Juli, genehmigt unterm 13. Juni 1823. Es war der letzte unter der Vormundschaft des Königs von England, indem in eben diesem Jahre (30. Oct. 1823) Herzog Karl die Regierung antrat. Der Landtag gab folgende gesetzliche Ausbeute: a) eine Verordnung, die Einrichtung des Justizwesens betreffend, vom 26. März 1823. Die bei altbraun-

---

52) Verordnungssammlung vom Jahre 1820. Nr. 6. und im Auszuge bei Pölitz, Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit Th. 4. S. 518.

53) Sie wurde später unterm 4. April 1837 aufgehoben.

54) Es verdient ausgehoben zu werden, daß nach dieser Verordnung alle Steuerfreiheiten beseitigt sind und denen, welche früher die Freiheit als ein Recht für ihr Besitzthum zugesichert war, sogenannte Reluitionsscheine oder Cassenanweisungen zu geben sind, wonach der Mehrbeitrag der früheren sogenannten Exemten capitalisirt und mit 4 pCt. verzinst wird. Zu den Declarationen wurde unterm 28. August 1822 eine Frist von 6 Monaten bestimmt.

schweig'scher Verfassung bestandenen Patrimonialgerichte und jeder befreite Gerichtsstand wurde aufgehoben; das Land wurde für die erste Instanz in 6 Gerichtsbezirke oder Districte und diese wieder in 21 Kreise oder Aemter und Stadtgerichte abgetheilt; diese mit einer Competenz bis 20 Thlr., jene aber für jeden Betrag. Das Landesgericht, als erste Berufungsbehörde, blieb und die frühere Appellationscommission wurde in ein Oberappellationsgericht, als letzte Berufungsbehörde, verwandelt, mit der veränderten Competenzbestimmung von 500 Thlr. b) Eine Polizei- und Gemeindeverwaltung v. d. Datum. c) Eine Verordnung, die Theilung der Gemeinheiten betreffend. d) Eine dergleichen, die Untersuchung der Kräfte der Meierhöfe in Hinsicht auf Herabsetzung der Meierzinsen. e) Eine dergleichen, die Schonung der mit Klee bestellten Aecker betreffend. f) Die Bestimmung des Hutungstermins der einhauigen Wiesen betreffend. g) Die stillschweigenden und gesetzlichen Hypotheken betreffend. h) Die Bankerotte, deren Untersuchung und Bestrafung betreffend. i) Verordnung, die Abtretung der zum Chausseebaue ꝛc. erforderlichen Grundstücke betreffend (Expropriation): sämmtlich vom 26. März 1823.

In den unter der vormundschaftlichen Regierung dem Lande und dessen Ständen gemachten Bewilligungen glaubte der Herzog Karl Veranlassung zu Beschwerden zu finden, und Folge davon war die Nichtberufung der Vertreter in seiner 7jährigen Regierungsperiode.

IV. Desto liberaler waren die Handlungen und Bewilligungen des Herzogs Wilhelm, die den Landtagsabschied vom 12. Oct. 1832 hervorriefen. Er bildet das neueste und gegenwärtige Landesgrundgesetz des Herzogthums und verdient publicistische Beachtung[55]). Seine wesentlichsten Bestimmungen, die zugleich die innere Verfassung des Landes andeuten, sind folgende:

a) Das Herzogthum, die Regierungsform und den Landesfürsten betreffend. Hier finden sich zunächst die auch in anderen teutschen Constitutionen enthaltenen allgemeinen Grundsätze. Wir heben deshalb nur Folgendes hervor.

Die Regierung wird vererbt in dem fürstlichen Gesammthause Braunschweig-Lüneburg nach der Lineralerbfolge und dem Rechte der Erstgeburt, und zwar zunächst in dem Mannsstamme aus rechtmäßiger ebenbürtiger und hausgesetzlicher Ehe. Erlischt der Mannsstamm des fürstlichen Gesammthauses, so geht die Regierung auf die weibliche Linie nach gleichen Grundsätzen über. Der Landesherr wird mit vollendetem 18. Jahre volljährig.

Die inneren Verhältnisse des herzoglichen Hauses werden vom Landesfürsten, als dem Oberhaupte der Familie, durch Hausgesetze geordnet. Sie bedürfen der ständischen Zustimmung nicht, es können aber durch jene Hausordnungen keine in dem Landesgrundgesetze enthaltenen Bestimmungen abgeändert werden[56]).

---

55) Vgl. Verordnungssammlung von 1832 Nr. 18.
56) Vgl. die §§. 1—24 der Landschaftsordnung, worin zugleich mehrere

b) Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen. Die Landeseinwohner genießen sämmtliche durch Verfassung und Gesetz zugesicherten Rechte und sind schuldig, nach zurückgelegtem 21. Lebensjahre den Erbhuldigungseid zu leisten. Alle privatrechtlichen Reallasten in Zehnten, Handspanndiensten, Geld, Getreide und sonstigen Naturalabgaben und Leistungen, ingleichen alle persönlichen Dienste und Leistungen sind ablösbar; ebenso die im Umfange des Herzogthums belegenen Lehne nach den gesetzlich bestimmten Verhältnissen.

c) Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinden. Jedes Grundstück im Lande muß einem bestimmten Gemeindebezirke angehören, und zwar dem, worin der Besitzer seinen Wohnsitz hat. Grundbesitzer ohne Wohnsitz genießen wegen ihrer Grundstücke den Gemeindeschutz, tragen aber auch die darauf ruhenden Lasten. Keine Gemeinde kann sich ohne Genehmigung der Landesregierung bilden und erweitern. Das Vermögen der Gemeinde darf nie mit dem Staatsvermögen vereinigt werden. Sie haben das Recht der eignen Verwaltung und dem Staate steht nur das Recht der Oberaufsicht zu. Das bloße Recht des Wohnsitzes gibt kein Recht an dem Gemeindevermögen. Allgemeine Landeslasten darf keine Gemeinde allein tragen; sie hat Ansprüche auf Entschädigung. Sämmtliche Beamten der Gemeinde müssen verpflichtet werden. Die Landgemeinden wählen ihre Vorsteher und Geschwornen und bei Besetzung der Anbauer haben sie eine Stimme. Die Städte und Flecken mit städtischer Verwaltung wählen ihre Vertreter: diese wählen die Beamten der Stadtverwaltung und haben eine Stimme in Gemeindeangelegenheiten. Beide, Stadt- und Landgemeinden, haben eine besondere Gemeindeordnung erhalten[57]).

d) Landstände. aa) Zweck und Zusammensetzung. Sie vertreten die Gesammtheit der Landeseinwohner und nehmen auf verfassungsmäßige Weise deren Bestes wahr. Die gesammte Landschaft bildet ein ungetrenntes Ganzes und übt ihre Befugnisse entweder in voller Versammlung, oder durch den Ausschuß. Sie besteht aus 48 Abgeordneten, und zwar 10 von der Ritterschaft, 12 von den Städten, 10 von Fleckenbewohnern, Freisassen und Bauern und 16 Abgeordneten, die gemeinschaftlich von diesen drei Standesclassen gewählt werden. Die einzelnen Classen sind in Wahlbezirke getheilt. Den ersten bildet die Ritterschaft mit einer einfachen Wahlhandlung, den zweiten die Städte durch doppelte Wahlhandlung (erst Wahlmänner und dann durch diese die Abgeordneten), und den dritten die Fleckenbewohner, Freisassen und Bauern, wiederum durch dieselbe doppelte Wahlhandlung. Die übrigen 16 Abgeordneten werden von allen Standesclassen gemeinschaftlich gewählt, und zwar von der Ritterschaft durch eine doppelte, von den übrigen durch eine dreifache Wahlhandlung. Zu dem Ende wird für das ganze Land ein Wahlcollegium gebildet, wozu Ritterschaft, Städte

---

Vorschriften, die Anordnung einer etwa nöthigen Vormundschaft betreffend, enthalten sind.

57) Daselbst §. 48—56.

und Land soviel Wahlmänner senden, als jeder Abgeordnete zu wählen hat. Das Nähere bestimmt ein besonderes Wahlgesetz. Die Erfordernisse sind: das vollendete 30. Lebensjahr, fünfjähriger Wohnsitz im Lande, unbescholtener Ruf, keiner Art Curatel unterworfen und keine Rückstände an Abgaben, weshalb bereits Execution verfügt ist. Ausgeschlossen sind Mitglieder des herzoglichen Staatsministeriums und die, welche in fremdem Staatsdienste stehen. Vater und Sohn können nicht zugleich Abgeordnete sein, und keiner darf die Wahl von mehreren Wahlcollegien annehmen. Wählbar von der Ritterschaft sind nur Eigenthümer und lebenslängliche Nutznießer eines landtagsfähigen, in die Rittermatrikel eingetragenen Gutes. Wählbar in den Städten sind die stimmführenden Mitglieder des Magistrats und die Bürger, welche Handel, Gewerbe und Ackerbau treiben, Grundeigenthum im Stadtbezirke besitzen, darin ihren wirklichen Wohnsitz haben und zu den Höchstbesteuerten gehören. Die Anzahl der Höchstbesteuerten soll aus soviel Personen bestehen, als die Zahl 10 in der Zahl der Wohnhäuser aufgeht. Bei den ländlichen Abgeordneten finden dieselben Regeln Anwendung und die Anzahl der Höchstbesteuerten soll in jedem Amte aus soviel Personen bestehen, als die Zahl 4 in der Zahl der Reihestellen aufgeht. Die 16 Abgeordneten, ohne Rücksicht auf Standesclassen, werden aus den Männern höherer Geistesbildung (Intelligenz) gewählt. Zwei derselben sollen der höheren Geistlichkeit angehören. Für jeden Abgeordneten wird ein Stellvertreter gewählt, für die Ritterschaft aber nur 5. Jeder ist verbunden, die auf ihn gefallene Wahl anzunehmen, er habe denn das 65. Lebensjahr überschritten, oder sei durch Krankheit und nothwendige Geschäfte behindert. Vor dem Beginnen jedes ordentlichen Landtages, also aller 3 Jahre, tritt die Hälfte der Abgeordneten jeder Classe nach dem Loose aus und wird neu gewählt. Vor dem dritten Landtage müssen auch die Zurückgebliebenen austreten. Verfügt der Landesfürst die Auflösung der Ständeversammlung, so muß allgemein neu gewählt werden; jedoch können die Austretenden wieder gewählt werden. Der Auftrag der Abgeordneten erlischt, wenn die vorhin erwähnten Hindernisse im Allgemeinen eintreten und wenn die Ständeversammlung die Ausschließung auf den Grund der Geschäftsordnung verfügt. Der ständische Ausschuß soll aus 7 Abgeordneten bestehen. Die Ständeversammlung wählt ihn aus ihrer Mitte durch absolute Stimmenmehrheit und vor dem Auseinandergehen. Jeder der Gewählten muß einen Stellvertreter haben. Sie treten wie die Abgeordneten alle 3 Jahre aus, und zwar auf dieselbe Weise[58]).

bb) Rechte und Verbindlichkeiten[59]). Die Ständeversammlung kann insbesondere bei folgenden Gegenständen mitwirken.

1) Im Finanzwesen[60]). Der fürstliche Haushalt (Civilliste)

---

58) Landtagsabschied §. 56—93.

59) Aus dem Nachfolgenden ist zugleich die administrative und polizeiliche Verfassun des Landes zu ersehen.

64) Vgl. §. 167—195 des Landtagsabschiedes oder Grundgesetzes.

muß vom Staatshaushalte getrennt werden und das gesammte zur Bestreitung der Staatshaushaltsbedürfnisse bestimmte Einkommen (aus den Ueberschüssen des Kammergutes und der Steuerverwaltung) muß vereinigt werden. Das Kammergut bilden sämmtliche herzogliche Domänen, Forsten, Jagden und Fischereien, die damit verbundenen Gefälle und Gerechtsame [61]) sowie die heimgefallenen Lehne, ferner die Berg- und Hüttenwerke, die Salinen, Glas- und Ziegelhütten, Steinbrüche, Kalk- und Gypsbrennereien, Braunkohlengruben und Torfstiche, die Porzellanfabrik und Münze, auch endlich die Güter und Gerechtsame der durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 28. Febr. 1803 aufgehobenen Stifter und Klöster. Das gesammte Kammergut ist fortwährend in seinem ganzen Bestande zu erhalten und ohne Zustimmung der Stände darf davon nichts veräußert werden [62]). Die Verwaltung geschieht unter der unmittelbaren Leitung des herzoglichen Staatsministeriums von der herzoglichen Kammer in drei abgesonderten Directionen: für die Domänen, für Forsten und Jagden und für das Berg- und Hüttenwesen. Aus dem Kammergute und dessen Reinertrage werden die Bedürfnisse des Fürsten und des Landes bestritten, und den Ständen müssen die Rechnungen sowie der Etat für die Finanzperiode (3 Jahre) vorgelegt werden [63]). Außerdem dienen zum Bedarfe des Fürsten die herzoglichen Schlösser, Hofgebäude, Gärten, Anlagen und Inventarien und mehrere Gefälle, welche nach alter Einrichtung zu dem sogenannten Hofmarschallamte und dem Oberstallmeisteramte geliefert werden müssen. Die zur Verwaltung des Landes bestimmten Ueberschüsse aus der Kammerverwaltung (wohin auch außer dem Vorhingenannten die Einnahmen von Zöllen, Meß- und Packhofseinnahmen, der Lotteriepacht, die Gerichtssporteln, Chaussee-, Wege-, Pflaster- und Brückengelder und Postintraden gehören), ingleichen die gesammten Steuern, welche zu gleichem Zwecke dienen, fließen in eine allgemeine Landescasse (die sogenannte Hauptfinanzcasse)[64]). Keine allgemeine Steuer und Landeslast kann ohne ständische Bewilligung ausgeschrieben, erhoben und verändert werden, und das Bewilligungsrecht erstreckt sich nicht blos auf die Art und den Betrag der öffentlichen Abgaben und Leistungen, sondern auch auf die Grundsätze und Verhältnisse, nach welchen sie auf Gegenstände oder Personen zu legen und zu vertheilen sind, sowie auf die Dauer, Erhebungsweise und Verwendung der Steuern [65]). Jedoch können ausnahmsweise ohne Bewilligung erhoben werden: die Lasten und Leistungen bei einer plötzlichen allgemeinen Landesgefahr und wenn es gilt Bundesverpflichtungen zu erfüllen. Von der vorhin erwähnten Hauptfinanzcasse (als Centralzahlamt) sind zwei Verwaltungsbehörden getrennt: die Steuerdi-

---

61) Z. B. Zehnten, Dienste, Erbenzins, Meierzins u. s. w.
62) Landtagsabschied §. 164.
63) Daselbst §. 168.
64) Daselbst §. 172.
65) Daselbst §. 174 u. 175.

rection (jetzt Steuercollegium) und das Finanzcollegium. Das letzte hat die obere Leitung des gesammten Finanzwesens, die Aufsicht über das Rechnungs- und Cassenwesen sowie die Führung der allgemeinen Finanzcontrole. Die obige Finanzcasse ist ihm untergeordnet [66]) und ebenso das Leihhaus, welches eine Hilfscreditanstalt für den Staat bildet und unter dessen Gewähr steht [67]). Die Grundlage der dem Finanzcollegium übertragenen allgemeinen Verwaltung der Finanzen bildet der Staatshaushaltsetat, der vor dem Anfange der jedesmaligen dreijährigen Finanzperiode und für die Dauer derselben aus den besonderen Einnahme- und Ausgabeetats aller einzelnen Verwaltungszweige zusammengestellt wird. Den Ständen steht das Recht zu, gemeinschaftlich mit der Landesregierung den Staatshaushaltsetat nach den einzelnen Abtheilungen festzustellen [68]). Auch können Staatsanleihen nicht ohne Zustimmung der Stände gemacht werden [69]). Bei außerordentlichen Veränderungsfällen während der Finanzperiode oder bei dringenden Anlehnsfällen ist es der ständische Ausschuß, der Steuerveränderungen auf 6 Monate und Anlehen bis zu 100,000 Thlr. bewilligen kann.

2) Antheil an der Gesetzgebung. Hier finden wir die gemeinrechtlichen Bestimmungen wieder.

3) Bei der Rechtspflege. Die Stände haben das Recht, auf die durch Landes- und Bundesgesetze festgestellte Unabhängigkeit der Gerichte in den Grenzen ihrer Zuständigkeit zu halten, und die Parteien, welche sich in ihren Befugnissen beeinträchtigt finden, können sich an die Ständeversammlung wenden, die in solchen Fällen befugt ist, Anträge bei der Landesregierung zu machen. Auch hat die Ständeversammlung das Recht, zu zwei Rathsstellen im Landesgerichte Candidaten zu präsentiren [70]).

4) Recht der Vorschläge, der Mitaufsicht und der Anklage. Die Ständeversammlung hat das Recht, Vorschläge zu Gesetzen, Verordnungen, allgemeinen Verfügungen und zur Errichtung öffentlicher Anstalten zu machen und eben so bei Mängeln und Mißbräuchen in öffentlichen Angelegenheiten oder bei Fällen, wo Jemand in verfassungsmäßigen Rechten verletzt ist, Vorträge an die Regierung zu richten. Auch kann sie bei landesgrundgesetzlichen Verletzungen die Mitglieder des Staatsministeriums und des ständischen Ausschusses in Anklagestand versetzen. Bei diesem letzten Antrage ist jedoch eine 6jährige Frist der Verjährung vorgeschrieben. Zur Entscheidung über dergleichen Anträge gegen das Staatsministerium und den ständischen

---

66) Landtagsabschied §. 183.

67) Daselbst §. 186. Es war früher eine Privatanstalt, die sich blos unter herrschaftliche Verwaltung begeben hatte.

68) Daselbst §. 184 u. 185.

69) Daselbst §. 187.

70) Daselbst §. 103 und 104. Früher stand den Ständen das Präsentationsrecht einiger Stellen bei dem Hofgerichte zu, welches nebst der Justizcanzlei seit 1808 einging und durch das Landesgericht ersetzt wurde.

Ausschuß wird ein eignes Gericht aus drei Mitgliedern des Oberappellationsgerichtes und vier dergleichen des Landesgerichtes gebildet, und eine Abolition der Untersuchung findet eben so wenig statt, als eine Wiederanstellung des Verurtheilten im Staatsdienste [71]).

5) Recht der Convocationstage, Gerichtsgebühren, Stempelfreiheit u. s. w. Die Ständeversammlung darf sich versammeln, berathen und Beschlüsse fassen: a) bei einer allgemeinen Landesgefahr; b) wenn das Landesgrundgesetz verletzt und der Landtag nicht binnen drei Jahren berufen wird; c) wenn der ständische Ausschuß zu ergänzen ist; d) wenn wegen der von der Landschaft im Landesgerichte zu besetzenden Stellen Vacanzen entstanden sind und e) wenn die Stelle des Landsyndicus erledigt ist. Die Landschaft ist frei von Gerichts-, Stempel- und Portogebühren und führt ein eignes Siegel.

6) Rechte des ständischen Ausschusses. Er hat im Allgemeinen die Rechte und Verbindlichkeiten darauf zu achten, daß zwischen den Landtagen die zwischen Fürst und Ständen getroffenen Vereinbarungen vollzogen werden, und außerdem stehen ihm besondere Befugnisse zu, wohin namentlich gehört, daß er die früher erwähnte Finanzcontrole übt und bei eiligen Fällen im Landes-, Finanz-, Steuer- und Militärwesen, selbst bei einzelnen bürgerlichen und Strafgesetzen seine Zustimmung gibt, daß er die Ständeversammlung in den vorhin erwähnten Convocationsfällen beruft und die Oberaufsicht über das ständische Archiv, über Capitalien und Grundstücke sowie die Führung der Rittermatrikel übernimmt [72]).

7) Rechte in Hinsicht auf die Landtage. Die Ständeversammlung muß alle drei Jahre zu einem ordentlichen Landtage berufen werden, und außerdem steht dem Landesherrn die Berufung außerordentlich frei. Die Landtagsverhandlungen beginnen in der Regel im November [73]) und müssen binnen drei Monaten beendigt sein, wenn der Landesherr nicht eine längere Dauer bewilligt.

Das Landesgrundgesetz enthält ferner: 9) Bestimmungen über die obersten Landesbehörden und den Civilstaatsdienst. Zu den obersten Landesbehörden gehört:

1) das Staatsministerium. Dasselbe steht unmittelbar unter dem Landesfürsten und ist die mit der obersten collegialischen Leitung der Landesverwaltung ausschließlich beauftragte Behörde. Das Staatsministerium muß mindestens mit drei stimmführenden Mitgliedern besetzt sein, die der Landesherr nach eigner Wahl ernennt und nach Gefallen verabschiedet. Für die einzelnen Verwaltungszweige bestehen Ministerialdepartements (Geschäftsvertheilung im Ministerium selbst).

2) Eine Ministerialcommission zur Berathung der Gesetzentwürfe und anderer wichtigen Landesangelegenheiten und zur Entscheidung der zwischen den Verwaltungsbehörden und Gerichten eintreten-

---

71) Daselbst §. 105—111.
72) Daselbst §. 118—127.
73) Zeit der beendigten Ernte und Winterfeldsbestellung.

den Competenzstreitigkeiten. Sie ist zusammengesetzt aus den stimmführenden Mitgliedern des Staatsministeriums und den vom Landesfürsten berufenen Beisitzern [74]).

3) Kreisdirectionen. Sie sind mit Angelegenheiten der Landesverwaltung und Polizei beauftragt und stehen unmittelbar unter dem Staatsministerium [75]). Ueber den Staatsdienst und die Verantwortlichkeit in demselben ist im Allgemeinen bestimmt, daß alle Civilstaatsdiener ohne Unterschied für die Beobachtung der Gesetze und Landesverfassung verantwortlich sind und sie bei Ablegung des Diensteides auf die Erfüllung dieser Pflicht vereidet werden müssen. Ebenso nahm das Staatsgrundgesetz in seinen Schooß auf:

e) Besondere Bestimmungen über die Rechtspflege. Alle Gerichtsbarkeit geht vom Landesherrn aus und die Patrimonialgerichtsbarkeit bleibt aufgehoben [76]). Die bürgerliche und Strafrechtspflege soll (mit Ausnahme der Einzelrichter)[77]), sammt den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie bisher getrennt von der Landesverwaltung, durch collegialisch gebildete Gerichte in gesetzlicher Instanzenordnung ausgeübt werden. Jeder richterlichen Entscheidung sind die Gründe beizufügen [78]). Die Verfügungen aller nicht gerichtlichen, d. h. der Verwaltungsbehörden und Beamten, innerhalb des denselben angewiesenen, von der Rechtspflege getrennten Wirkungskreises, gehören nicht zur Competenz der Gerichte und können in ihrer Ausführung von denselben nicht gehemmt werden. Die Beurtheilung, ob eine Sache zum gerichtlichen Verfahren geeignet, gebührt zunächst dem Richter. Erklärt das Gericht sich competent, während die Verwaltungsbehörde dessen Zuständigkeit in Zweifel zieht, so darf letztere durch einen dem Gerichte zu eröffnenden, die Gründe ausführenden Einspruch die weitere gerichtliche Verhandlung hemmen. Das Nähere ist durch ein besonders erlassenes Gesetz bestimmt. Die Frage: welche Entschädigung vom Staate demjenigen gebühre, welche durch Handlungen der Regierungs- und Verwaltungsbehörden in seinen wohlerworbenen Rechten verletzt ist, fällt, ohne Zulassung eines Competenzconflictes, lediglich der Entscheidung der Gerichte anheim. Alle Einwohner des Landes sind vor dem Richter gleich. Der privilegirte Gerichts-

---

74) Die Berufung der Beisitzer geschieht aus einigen Mitgliedern der höheren Justiz- und Verwaltungsbehörden.

75) Landtagsabsch. §. 158—160. Die sämmtlichen höheren Verwaltungsbehörden haben ihren Sitz in der Stadt Braunschweig. Die Kreisdirectionen, sechs an der Zahl, sind jedoch im Lande vertheilt, nämlich in Braunschweig, Wolfenbüttel, Helmstedt, Blankenburg, Gandersheim und Holzminden.

76) Sie war, zur Zeit der westphälischen Regierung aufgehoben, schon 1814 nicht hergestellt, und die Privatgerichtsherren gaben dieses (obwohl lastbare) Vorrecht sowie das eines befreieten Gerichtsstandes unter der Bedingung auf, daß die Gerichte erster Instanz stärker besetzt und darin die Sachen collegialisch behandelt werden sollten.

77) D. h. der Aemter oder Localgerichte.

78) Selbst das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel ist dazu verbunden.

stand ist und bleibt abgeschafft. Landeseinwohner, welche im Auslande strafbare Handlungen begangen haben, können im Staatsgebiete nicht anders zur Untersuchung und Bestrafung gezogen werden, als insofern jene Handlungen nach gemeinem teutschen Strafrechte mit Strafen bedroht sind. Gegen Fremde, welche im Auslande Vergehen begangen haben, können die braunschweig'schen Gerichte nur verfahren, wenn ein Verbrechen gegen den Staat oder gegen Landeseinwohner begangen ist, oder zu Folge einer von der Landesregierung erhaltenen Ermächtigung. Auslieferung der Landeseinwohner an fremde Regierungen findet nicht statt. Die Auslieferung von Fremden an auswärtige Regierungen darf nicht ohne Genehmigung der Landesregierung geschehen. Sie wird nicht versagt werden, wenn die Auslieferung von einer Regierung der Staaten des teutschen Bundes verlangt wird; wenn gegen den Ausliefernden von der zuständigen Behörde ein Verhaftsbefehl erlassen und derselbe entweder Unterthan des requirirenden Staates oder eines in dessem Gebiete begangenen, nach gemeinem teutschen Strafrechte mit Strafe bedrohten Vergehens beschuldigt ist; und endlich, wenn die requirirende Regierung gleiche Grundsätze gegen den braunschweig'schen Staat befolgt. Alle diese Bestimmungen gelten jedoch nur unbeschadet der Vollziehung der über die Auslieferung der Verbrecher bestehenden Verträge.

f) Kirchliche und öffentliche Unterrichtsangelegenheiten. Die Anordnung der rein geistlichen[79]) Angelegenheiten bleibt der in der Verfassung jeder dieser Kirchen begründeten Kirchengewalt überlassen. Im Zweifel entscheidet darüber, ob eine Angelegenheit rein geistlich sei, die Landesregierung[80]). In der evangelisch-lutherischen Kirche steht die Kirchengewalt dem Landesfürsten zu, welcher sie unter Mitwirkung und Beirath des mit evangelischen Geistlichen und Laien besetzten Consistoriums ausübt[81]). Ueber die Rechte der Gemeinden in Beziehung auf das Kirchenwesen bestimmt ein eignes Gesetz. Der Klosterfond und der von der vormaligen Universität Helmstedt herrührende Studienfond[82]) sind vereinigt und stehen unter der Verwaltung der herzogl. Kammer, und das Geschäft der Verwendung und Rechnungsführung ist dem Finanzcollegium übertragen, mit der Verbindlichkeit einer getrennten Rechnungsführung. Die Ausgaben für das Museum (Naturaliencabinet) zu Braunschweig und die Bibliothek zu Wolfenbüttel (beide unveräußerlich)[83]) werden nach wie vor aus dem Kloster- und

---

79) D. h. solcher, die nicht mit der Polizei und Verwaltung oder mit Privatrechten in Berührung kommen und so lange solches nicht geschieht.

80) Damit die Regierung etwas mehr unparteiisch erscheine, würden wir — nach Analogie der Competenzconflicte — auch diese Frage in allen Staaten einer besonderen Commission überlassen.

81) Auch die katholischen Kirchenangelegenheiten sind dem Consistorium untergeordnet.

82) Der Studienfond zu Helmstedt (besonders zu Pensionen der Wittwen und Töchter der Professoren bestimmt) war bis 1811 vom älteren Klosterfond getrennt.

83) Was auch von einzelnen Theilen zu verstehen ist.

Studienfond bestritten. Alle Kirchen- und Schuldiener christlichen Glaubensbekenntnisses, sofern sie nicht unmittelbar von der Landesregierung bestellt werden, bedürfen vor Antretung des Amtes der landesfürstlichen Bestätigung. In Amts- und Verwaltungssachen stehen sie unter der verfassungsmäßigen Behörde [84]), in bürgerlichen und Straffachen aber unter den allgemeinen Gerichten und Polizeibehörden. Die Suspension der Kirchen- und Schuldiener vom Amte und Einkünften kann vom Consistorium geschehen unter Bestätigung der Landesregierung, Entlassung und Absetzung aber durch Urtel und Recht; in Straffällen, welche die kirchliche Lehre betreffen, jedoch nur auf vorgängiges Gutachten der geistlichen Oberbehörde [85]).

g) Differenzen über Auslegung des Landesgrundgesetzes. Wenn Landesregierung und Stände verschiedener Ansicht über die Auslegung einzelner Bestimmungen des Landesgrundgesetzes sind, so treten Beide zuvörderst mittelst einer Deputation zur Ausgleichung zusammen, und im Falle der Ausgleichungsversuch fruchtlos bleiben sollte, bleibt Beiden der Weg Rechtens vorbehalten. Die Entscheidung erfolgt von einem Compromißgerichte, welches auf eben die Weise zusammengesetzt wird, als der gemeinschaftliche Gerichtshof, der gebildet wird, wenn auf Bestrafung wegen einer Verletzung der Verfassung angetragen ist [86]). Die Verheißungen dieses Landesgrundvertrages in gesetzgebenden Erscheinungen wurden folgender Gestalt bethätigt. Es erhielten landesherrliche Bestätigung:

a) Auf den Grund des §. 70 der Landschaftsordnung [87]) ein Wahlgesetz vom 12. Oct. 1832. Es zerfällt in zwei Titel und handelt im ersten von den allgemeinen und besonderen Bestimmungen für alle Standesclassen; im zweiten von den Wahlen und deren Art und Weise im Allgemeinen und dann wieder besonders von der Wahl der Abgeordneten der drei Standesclassen, ferner von der Wahl der frei gewählten Abgeordneten für das gemeinschaftliche Wahlcollegium (§. 69 des Landtagsabschiedes) und bestimmt zuletzt wegen der Kosten.

b) In Gemäßheit des §. 152 der neuen Landschaftsordnung eine Geschäftsordnung für die Landschaft. Sie umfaßt vier Titel:

aa) von den Verhandlungen der Stände auf Landtagen [88]), namentlich das Verfahren vor der Eröffnung, die Eröffnung selbst und Antwort auf die fürstliche Eröffnungsrede, von den Verrichtungen der ständischen Beamten, ferner von den ständischen Commissionen und landesfürstlichen Commissarien, von den Gegenständen der Verhandlung, von den Sitzungen, Berathungen, Abstimmungen und Be-

---

84) Dem Consistorium zu Wolfenbüttel, welches zugleich Disciplinargewalt ausübt.

85) Landesgrundgesetz vom 12. Oct. 1832. §. 211—230.

86) Aus Mitgliedern des Oberappellations- und Landesgerichtes bestehend.

87) Wir bemerken nochmals, daß seit dem Jahre 1832 Landschaftsordnung und Landesgrundgesetz gleiche Begriffe sind.

88) Den Landtag schreibt die Regierung aus, den Convocationstag die Stände.

schlüssen der Ständeversammlung; bb) von den Verhandlungen auf Convocationstagen; cc) von den Verhandlungen des Ausschusses; dd) von den Diäten und Reisekosten.

c) In Gemäßheit des §. 157 des erwähnten neuen Grundgesetzes ein Gesetz über den Civilstaatsdienst. Es nimmt laut der Einleitung nicht in seinen Schooß auf: die Hofdienerschaft, die Officiere und Militärbeamten, die rein landschaftlichen Beamten, die Kirchen- und Schuldiener, die Gemeindebeamten, die Procuratoren und Advocaten[89], Aerzte und Wundärzte, wohl aber alle anderen Beamte, die in Beamten der ersten und zweiten Classe getheilt werden (nach einem Verzeichnisse hinter dem Gesetze). Ihnen sind zwei Titel gewidmet, welche handeln: Der erste von den Verleihungen der Staatsämter, den Rechten und Pflichten der Beamten, von der Oberaufsicht, den Ordnungs- und Disciplinarstrafen, von der Auflösung des Dienstverbandes; der zweite Titel von den Beamten zweiter Classe. Das Gesetz stellt mehrere Grundsätze über den Civilstaatsdienst auf, die hier nicht besonders ausgehoben werden können.

d) Um den §§. 159 und 196 der Landschaftsordnung zu genügen, erschien unter demselben Datum ein Gesetz, die Organisation der Ministerialcommission betreffend. Mitglieder dieser Commission sind: die ordentlichen Mitglieder des herzoglichen Staatsministeriums, die Präsidenten und Vicepräsidenten der Landescollegien sowie die Directoren der dem Staatsministerium untergeordneten Verwaltungsbehörden, als außerordentliche Mitglieder. Alle übrigen ordentlichen und außerordentlichen Mitglieder werden vom Landesherrn nach freier Entschließung ernannt und entlassen. Die Ministerialcommission theilt sich in folgende Sectionen: 1) für die innere Landesverwaltung und Polizei, 2) für die Justiz, 3) für die geistlichen und Schulsachen, 4) für Militärsachen und 5) für die Entscheidung von Competenzstreitigkeiten. Die Mitglieder berathen die eben erwähnten Gegenstände in Gemeinschaft mit dem Ministerium, welches sodann unter dem Vorsitze oder im Auftrage des Fürsten die Beschlüsse darüber faßt. Nur die Abtheilung für Competenzstreitigkeiten hat das Recht der Entscheidung. Namentlich gehören zum Geschäftskreise der Ministerialcommission alle Entwürfe zu Landesgesetzen, die einzelnen Angelegenheiten, welche durch besondere gesetzliche Bestimmungen ihr zur Berathung überwiesen sind und die wichtigeren Landesangelegenheiten, welche der Regent ihr zur Begutachtung vorzulegen gerathen findet.

e) Der Ministerialcommission folgte nach dem §. 160 des mehrerwähnten Landgrundgesetzes die Organisation der Kreisdirection und der durch dieselbe zu bildenden Landesdirection. Die Kreisdirectionen, deren es, in den Districten und Städten vertheilt, sechs gibt, traten an die Stelle der früheren Landespolizei- und Verwaltungsbehörden. Sie sind mit einem Director und, dem Bedürfnisse nach, mit

89) Die Notare sind nicht ausgeschlossen.

einem oder mehreren Assessoren oder Secretären versehen. Unter der unmittelbaren Leitung und Aufsicht des Staatsministeriums ziehen die Kreisdirectionen im Allgemeinen Alles zu ihrer Wirksamkeit, was auf die Entwickelung und Beförderung der Volksthätigkeit und die Hinwegräumung der Hindernisse Beziehung hat. Die Sorge für die Landespolizei verpflichtet sie selbst auf Mängel gegen die Rechtspflege, Anwendung und Ausführung der Gesetze und Verordnungen zu achten. Sie haben ferner die Militäraushebung und die Durchführung fremder Truppen, Kriegsfuhren, Einquartirung u. s. w. zu leiten und auch bei der Wahl der ländlichen Landtagsabgeordneten auf den Grund des Wahlgesetzes mitzuwirken. Die Kreisdirectoren versammeln sich von Zeit zu Zeit zu gemeinschaftlichen Berathungen, und diese Versammlung, woran auch die Vorstände des Magistrats zu Braunschweig und Wolfenbüttel Theil nehmen, bilden dann ein Collegium, die Landesdirection. Dabei führt der Kreisdirector in Braunschweig den Vorsitz und führt daher den Titel als Landesdirector. Diese Versammlung findet in der Regel zweimal im Jahre statt, und das Staatsministerium bestimmt Zeitpunct und Dauer. Ihre Beschlüsse werden von den Kreisdirectionen zur Ausführung gebracht.

f) Ein gleichzeitiges Gesetz umfaßt die Einrichtung und den Geschäftskreis der herzoglichen Kammer. Sie verwaltet das gesammte herzogliche Kammergut sammt dem damit vereinigten Kloster- und Studienfond. Die Kammer ist ein dem herzoglichen Staatsministerium unmittelbar untergeordnetes Landescollegium und theilt sich in drei Abtheilungen: 1) die Direction der Domänen, 2) die der Forsten und Jagden und 3) die der Berg- und Hüttenwerke. Diesen Abtheilungen steht ein Director vor und die drei Directoren und der Präsident der Kammer bilden ein Collegium, denen der Kammerpräsident vorsitzt. Die Namen der Directionen deuten die zu besorgenden Verwaltungsgegenstände an, denen ein dem Umfange angemessenes Beamtenpersonal beigegeben ist. Der Geschäftsgang ist collegialisch und die beiden besonderen und bedeutenden Cassen, worein die Einkünfte der genannten Gegenstände fließen, die Kammer- und Klostercasse, sind dem Collegium untergeordnet. Darüber werden zwei besondere Hauptrechnungen geführt und die Ausgaben bestehen, 1) bei dem Kammergute: a) in der Summe für den Bedarf des Landesfürsten an die sogenannte Hofstaatscasse; b) in den Kosten der Verwaltung selbst; c) in den Summen, welche auf die Erhaltung des Kammergutes zu verwenden sind; d) in den auf die Amortisation und Verzinsung der Kammerschuld zu leistenden Zahlungen. 2) Von dem Klostergute: a) in den Beiträgen zu den Verwaltungskosten; b) in den Kosten, welche die Erhaltung der Güter erfordert und c) in den auf die Amortisation und Verzinsung der Schulden zu leistenden Zahlungen.

g) Auch das Finanzcollegium erhielt ein Gesetz über seine Einrichtung und Geschäftsführung. Seine Obliegenheiten sind: die obere Leitung des gesammten Finanzwesens, die Aufsicht über das Rech-

nungs- und Cassenwesen, sowie die Führung der allgemeinen Finanzcontrole. Das Finanzcollegium besteht aus einem Director und einer angemessenen Anzahl stimmführender Mitglieder. Es ist, gleich der Kammer, dem herzoglichen Staatsministerium untergeordnet, übt die Cassennachsicht bei allen Haupt- und Speciallandescassen und seine eigne Casse, die sogenannte Hauptfinanzcasse, bildet die Centralcasse für sämmtliche zur Deckung der Landesbedürfnisse bestimmten Einnahmen. Die Geschäfte des Finanzcollegiums zerfallen in drei Haupttheile: 1) die Verwaltung des Landcredit- und Finanzwesens; 2) Aufsicht über das Rechnungs- und Cassenwesen und 3) Führung der allgemeinen Finanzcontrole. Der Staatshaushaltetat über Einnahmen und Ausgaben dient ihm zur Unterlage.

h) Neben dem Finanzcollegium sehen wir der Steuerdirection, als ein für sich bestehendes Collegium, Leben und Umfang anweisen. Ihr Geschäftskreis umfaßt die Verwaltung der directen und indirecten Steuern und die Einkünfte von den Packhöfen und Messen, sowie die Aufsicht über das richtige Eingehen der Gerichtsporteln bei den betreffenden Steuerrecepturen. Daneben bildet die Steuerdirection in Gemeinschaft mit anderen, nöthigenfalls dazu berufenen Beamten eine Commission zur Prüfung und Begutachtung der Handelsangelegenheiten.

i) Auch das Justizwesen, welches bereits in zwei früheren Perioden [90]) regulirt war, erhielt unterm 15. Oct. 1832 eine andere Einrichtung.

k) Durch eine neue Gesindeordnung, worin das Verhalten der Herrschaft gegen das Gesinde und dieses gegen die Herrschaft zweckmäßig und sorgfältig bestimmt wurde [91]).

l) Eine neue Städteordnung, worin besonders die Befugniß und Bedingungen zu eignen Statuten, die Rechte und Pflichten der Stadtgemeinden, die der Stadtverordneten und städtischen Beamten, das Verhältniß derselben zu den Landesbehörden und der Regierung, überhaupt ausgedehntere Rechte in Verwaltung des Vermögens und Wahl der Beamten festgestellt wurden [92]).

m) Auch wurde in diesem Jahre eine neue Münzverfassung eingeführt, wonach die Mark feines Silber zu 14 Thaler ausgeprägt wird [93]).

n) Den Beschluß machte das Jahr mit einer Ablösungsordnung [94]), wodurch alle privatrechtlichen Reallasten, womit das Eigenthum, eine Berechtigung oder das erbliche Besitzrecht an einem Grundstücke oder einer Berechtigung bleibend beschwert ist, sowie alle persön-

---

90) Namentlich im Jan. und Febr. 1814 und 26. März 1823.

91) In der Stadt Braunschweig besteht auch ein Verein zur Belohnung alter und treuer Dienstboten, der Nachahmung verdient.

92) Gesetz vom 4. Juni 1834.

93) Gesetz vom 18. Dec. 1834.

94) Gesetz vom 20. Dec. 1834.

lichen beständigen Dienste und Leistungen gegen Entschädigung des Berechtigten für ablösbar erklärt und zugleich die Art und Weise der Ablösung und die der Entschädigung bestimmt wurde.

Man reihte daran o) gleichfalls eine Gemeinheitstheilungsordnung[95], wodurch eine bereits früher ergangene Verordnung (vom 26. März 1823) wesentlich verändert wurde. Nach diesem Gesetze haben Alle die ein Recht auf Auseinandersetzung, Theilung oder Absonderung anzutragen, die vermöge Eigenthums- oder eines Dienstbarkeitsrechtes Theilnehmer an den Nutzungen solcher Grundstücke sind, die zur Acker-, Wiesen- oder Forstcultur, oder zur Weide dienen. Das Gesetz ordnet im ersten Theile das Recht, die Gemeinheitsaufhebung zu verlangen, im zweiten die Rechte der Theilnahme, im dritten die Theilungsgrundsätze, im vierten die Wirkungen der Auseinandersetzungen und im fünften das Verfahren.

Neuerdings erschien die schon im J. 1816 verheißene Ordnung des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes des Herzogthums Braunschweig und der Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont-Lippe und Schaumburg-Lippe[96]. Das Gericht besteht demnach aus einem Präsidenten und mindestens vier Räthen, wovon die Häuser Waldeck und Lippe jedes Einen wählen. Der Präsident wird von dem herzoglichen Hause gewählt. Das Gericht entscheidet als oberste und letzte Instanz alle Privatrechtsstreitigkeiten und Criminalsachen der vereinigten Länder und verfügt auch gegen die Obergerichte derselben bei Beschwerden über verweigerte oder verzögerte Justiz. Es ertheilt ferner auf Erfordern jedem der vereinten Höfe seine gutachtliche Meinung über Gegenstände der Gesetzgebung des Civil- und Crimininalrechtes und des Prozesses und hat das Recht, durch Gemeindebescheide Angelegenheiten der Gerichtspolizei und des Geschäftsganges zu ordnen. Nach Bestimmungen der Bundesversammlung kann das Gericht als Austrägalinstanz erwählt werden und nach Bestimmungen der braunschweig'schen Landesgrundverfassung auch als Behörde zur Entscheidung der ständischen Anklagen gegen Mitglieder des Staatsministeriums und des ständischen Ausschusses, sowie über Auslegung einzelner Bestimmungen des Landesgrundgesetzes[97]. Die Aufsicht über das Gericht führt das herzoglich braunschw. Staatsministerium, im Namen der vereinten Häuser. Die Competenzsumme richtet sich nach den Gesetzen der vereinigten Häuser.

Die vorzüglichen Ergebnisse des zweiten ordentlichen Landtages[98] waren: 1) ein Gesetz über die Aufhebung der Feudalrechte und die Errichtung von Familienstammgütern betreffend; 2) ein neues Forststrafgesetz.

Für die geistlichen Angelegenheiten des Landes besteht ein Con-

---

95) Gesetz von demselben Datum.

96) Sie erging in das Land mittelst herzogl. Patents vom 16. September 1835.

97) Landschaftsordnung vom 12. Oct. 1832. §. 109, 110 u. 231.

98) Verordnung vom 20. Juli 1836.

sistorium, welches seinen Sitz in Wolfenbüttel hat. Das Collegium hat die Aufsicht und Disciplin über sämmtliche Kirchen-, Pfarr- und Schulsachen, Stifter und Klöster sowie deren Diener, schlägt der Regierung zu den geistlichen Stellen, welche nicht besondere Patrone haben, die Candidaten vor, prüft solche zu Predigerstellen [99]) und bestimmt darüber, ob wegen der geistlichen Güter Prozeß geführt werden soll, hat auch die Beauftragung der Anwälte über sich. Das Collegium hat seinen Präsidenten und gewöhnlich zwei geistliche und zwei bis drei weltliche Räthe, welche die Regierung gleich den übrigen Staatsdienern anstellt. Ein ähnliches Verwaltungscollegium besteht für die militärischen Angelegenheiten. Es hatte seit 1814 den Namen Militairadministrationscommission, seit dem Jahre 1826 aber den Namen Kriegscollegium, besteht aus einem Präsidenten und vier bis fünf Beisitzern und hat seinen Sitz in Braunschweig.

Die Untersuchung und Bestrafung in rein bürgerlichen Vergehen der Militärpersonen steht den Civilgerichten zu, für Disciplinarsachen sind Stand- und Kriegsgerichte angeordnet.

V. Im Herzogthume gilt, soviel namentlich die Gerichtsverfassung und Rechtspflege betrifft, das gemeine Recht, sowohl im bürgerlichen als strafrichterlichen Zweige, und ist folgenden Behörden vertraut.

1) Den nächsten oder örtlichen Platz nehmen die Stadtgerichte und Aemter ein. Eigne Stadtgerichte sind nur in den beiden Städten Braunschweig und Wolfenbüttel. In den übrigen Städten ist die städtische Justiz den Aemtern mit beigelegt. Die Stadtgerichte und Aemter erkennen in allen Civilsachen, wenn der Gegenstand des Streites den Betrag von 50 Thlrn. nicht übersteigt [100]), dann in Sachen des jüngsten Besitzes und wenn es Anordnung schleuniger und vorsorglicher Maßregeln zur Sicherung der Rechtsverfolgung gilt, also Anlegung des Arrestes [101]) und der Siegel bei Todesfällen. Auch können die Stadtgerichte und Aemter auf Verlangen des Klägers in allen größeren Sachen ohne Ausnahme die Güte versuchen. Außerdem stehen ihnen Verwaltungs- und Polizeisachen zu. Zu den ersten gehören die Aufnahme und Bestätigung der Verträge, Hypotheken, sammt dem Vormundschafts- und Depositenwesen. In Strafsachen haben sie das Verfahren und Erkenntniß wegen aller Vergehen, Forst- und Jagd-Wrogen und Steuerübertretungen mit eingeschlossen, wenn die Strafe 14tägiges Gefängniß oder 10 Thlr. Geld nicht übersteigt. In allen übrigen Untersuchungssachen nehmen die Stadtgerichte und Aemter die gerichtlichen Handlungen vor, welche zur Führung der Rechtsverfolgung

---

99) Die Prüfungen der Candidaten der höheren Schulstellen hatte der Rector der großen Schule zu Wolfenbüttel; seit Januar d. J. eine besondere Commission.

100) In der Stadt Braunschweig jedoch die Stadtgerichte bis zu 100 Thlrn. sowie in allen Schwängerungssachen.

101) Die Rechtfertigung geschieht bei dem Kreisgerichte.

dienen. Sodann müssen die Acten an die Kreisgerichte eingeschickt werden. Der Aemter sind 21 und in der Regel mit zwei Beamten besetzt.

2) Die Kreisgerichte haben die Verwaltung der Rechtspflege in zweiter und letzter Instanz in allen den den Stadtgerichten und Aemtern übertragenen bürgerlichen Streitsachen, außerdem aber in allen übrigen Sachen dieser Art das Verfahren und Erkenntniß in erster Instanz, der Gegenstand sei, welcher und so hoch er wolle. In Strafsachen steht ihnen das Erkenntniß zweiter und letzter Instanz in allen den Sachen zu, welche zur Competenz der Stadtgerichte und Aemter gehören; ferner die Untersuchung und das Erkenntniß in erster Instanz in allen den Sachen, welche die Competenz jener Localbehörden übersteigen, mögen sie Uebertretungen der Landes- und Ortspolizeigesetze oder Forst- und Jagdwrogen oder Steuerdelicte betreffen, ohne Ausnahme und Beschränkung auf eine gewisse Strafe. Sodann sind sie ferner zur Untersuchung und zum Erkenntnisse in erster Instanz ermächtigt in eigentlichen Criminalsachen, wenn entweder das Verbrechen mit Geldstrafe bedroht, oder auf eine härtere, als eine einjährige Zuchthausstrafe nicht zu erkennen ist, und endlich liegt ihnen Untersuchung und Instruction bis zum Erkenntnisse in allen übrigen Criminalsachen ob; die Entscheidung aber steht dem Landesgerichte zu. In den Sachen, worin die Kreisgerichte vermöge eigner und erster Competenz entscheiden, darf das Mitglied, welches die Sache untersucht hat, solche nie zum Erkenntnisse vortragen und dasselbe abfassen. In Vormundschafts- und Curatelsachen gebührt den Kreisgerichten, wenn für eine Concursmasse eine Curatel zu bestellen ist, Anordnung und Verwaltung alsdann, wenn die angemeldeten Forderungen ihrer Größe nach die Competenz erreichen [102]). Außerdem haben die Kreisgerichte in Vormundschaftssachen in allen Fällen, wo über unbewegliche Güter der Pflegbefohlenen oder ein denselben gehörendes, 100 Thlr. übersteigendes Capital verfügt werden soll, zuvor die Genehmigung zu ertheilen, bevor Stadtgerichte oder Aemter das erforderliche Decret abgeben. Endlich liegt den Kreisgerichten ob, über Beschwerden gegen Stadtgerichte und Aemter in Justizsachen zu entscheiden und zu verfügen. Der Kreisgerichte sind 6 und jedes derselben ist mindestens mit 3 Beamten besetzt [103]).

3) Das Landesgericht erkennt in allen bürgerlichen Rechtssachen, die zur Competenz der Kreisgerichte in erster Instanz gehören, in zweiter Instanz, und zwar in den Fällen, wo der Gegenstand der Beschwerde die Summe von 100 Thln. nicht übersteigt, in zweiter und letzter Instanz. In Strafsachen erkennt dasselbe in allen den verschiedenen Arten von Strafsachen, welche zur Competenz der Kreisge-

---

102) Also die Summe von 50 Thlr. übersteigen.

103) Dem entlegen und isolirt liegenden Amte Zedinghausen sind die Geschäfte eines Kreisgerichtes theilweise übertragen. Gesetz vom 15. Oct. 1832. (B. S. Nr. 29.)

richte in erster Instanz gehören, in letzter Instanz; in den Strafsachen aber, deren Untersuchung und Instruction bis zum Erkenntnisse den Kreisgerichten obliegt, in erster Instanz. Außerdem stehen dem Landesgerichte zu die Verfügung auf Beschwerden, welche gegen die Kreisgerichte erhoben werden, und die Prüfung der Rechtscandidaten. Auch bestimmt dasselbe über die Zulassung und den Wohnsitz der Advocaten und Notare[104]) und ist Disciplinarbehörde über selbige. Das Landesgericht ist aus einem Präsidenten und acht Votirenden zusammengesetzt und hat seinen Wohnsitz in der Stadt Wolfenbüttel.

4) Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zieht die bürgerlichen Rechtssachen zu seiner Competenz, worin das Landesgericht in zweiter Instanz erkennt, nicht aber diejenigen, in welchen dasselbe in zweiter und letzter Instanz erkannt hat. In jenen erkennt das Oberappellationsgericht in dritter und letzter Instanz. Die Competenzsumme für die Sache dritter Instanz ist hier 500 Thlr., und wenn das Landesgericht in Berufungssachen von den Kreisgerichten reformirt hat und die Oberberufung gewählt wird, muß die Beschwerde die Summe von 200 Thlrn. übersteigen. Die Strafsachen, worin das Landesgericht in erster Instanz entschied, gelangen an das Oberappellationsgericht in zweiter und letzter Instanz. Beschwerden über das Landesgericht stehen dem Oberappellationsgerichte gleichfalls zu und außerdem die Befugnisse, welche vorhin bei der Oberappellationsgerichtsordnung erwähnt wurden. Das Gericht besteht aus einem Präsidenten und vier Räthen und hat seinen Sitz gleichfalls in Wolfenbüttel. Zwei der herzoglichen Räthe des Oberappellationsgerichtes besorgen zugleich die Lehns- und Grenzsachen.

Das Landesarchiv befindet sich in Wolfenbüttel. Bei den Obergerichten ist eine bestimmte Anzahl Procuratoren angestellt, durch deren Hände die Schriften gehen müssen, damit Ordnungswidrigkeiten vermieden werden; auch dürfen die Termine nur durch die Procuratoren abgehalten werden[105]). Die Zahl der Advocaten ist für jeden Kreis bestimmt. Die Notare befolgen noch die alte Ordnung Maximilians und die ihnen darin angewiesenen Geschäfte. Die Gerichte haben keinen Antheil an den Sporteln. Sie fließen in die öffentlichen Cassen.

Prozeß. a) bürgerlicher. Der Prozeß ist der gemeinrechtliche nach der gewöhnlichen Verhandlungsweise; jedoch seit dem Jahre 1814 bedeutend abgekürzt, sowohl was Rechtsmittel, als Fristen und Hinwegnahme sonstiger Formen betrifft. Er ist unstreitig in allen teutschen Staaten der kürzeste. Das Gesetz theilt ihn, dem Gegenstande nach, in den summarischen und ordentlichen. Der erste umfaßt alle Sachen unter 100 Thlr. Sie sollen in einem ohne weitere Förm-

---

104) Kürzlich ist jedoch eine eigne Prüfungscommission niedergesetzt. Die Prüfung geschieht doppelt, einmal bei der ersten Anstellung und später bei dem Ambiren um frühere Beförderung zum Richter oder Procurator.

105) Bei dem Landesgerichte sind deren 12, bei dem Oberappellationsgerichte 8.

lichkeiten auf die Klage anzusetzenden, niemals über vier Wochen hinauszurückenden Verhörstermine bis zum Erkenntnisse erörtert und vorbereitet und darauf sogleich, oder wenn dieses, der Beschaffenheit der Sache nach, nicht thunlich sein sollte, binnen acht Tagen das Erkenntniß abgegeben werden. Im Termine muß zuvor die Güte versucht werden. Wird Beweis aufgelegt und der Beweis soll durch Zeugen geführt werden, so fallen die Artikel weg, der Richter wird nur auf die Puncte aufmerksam gemacht, worüber die Partei die Vernehmung der Zeugen wünscht und auch Fragstücke finden nicht statt. Die Parteien oder deren Anwälte haben vielmehr das Recht, im Abhörungstermine gegenwärtig zu sein und den Richter um Puncte zu bitten, worüber sie die Zeugen befragt wünschen. Schriften, welche die Beweisanfechtung und Vertheidigung (Impugnation und Salvation) umfassen, finden gleichfalls nicht statt, vielmehr wird darüber in einem Termine mündlich verhandelt. Finden die Parteien sich durch Erkenntnisse in diesen sogenannten summarischen Sachen beschwert, so steht ihnen nur das Rechtsmittel der Supplication vor demselben Gerichte zu. Diese ist binnen zehn Tagen einzulegen und binnen vier Wochen kurz zu rechtfertigen. Findet der Richter die Beschwerden unerheblich, so kann er das Rechtsmittel ohne Weiteres abschlagen, und nur wenn die Beschwerden gegründet oder zweifelhaft befunden werden, ist ein Termin zur Verhandlung darüber anzusetzen. Bei diesem Erkenntnisse hat es sein unabänderliches Verbleiben. Nur wenn Nichtigkeiten begangen sind, steht den Parteien die Beschwerde (Querel) bei dem Landesgerichte frei. Sie ist jedoch durch 5 Thlr. Succumbenzgelder verpönt[106]). Nur ausnahmsweise, wenn die Sache verwickelter Art ist, darf in Sachen unter 100 Thlrn. ein schriftliches Verfahren zugelassen werden.—Ebenso ist der ordentliche Prozeß in vielen Puncten abgekürzt. Zu den gewöhnlichen Verhandlungen sowie zu den Terminen und Satzschriften sind vier Wochen als längster Zeitraum vorgeschrieben. Eine Verlängerung der Termine und Fristen findet nicht statt; jedoch wird bei unverschuldeter Versäumniß leicht Restitution ertheilt. Der Schriftenwechsel schließt immer mit der Duplik; Triplik oder Quadruplik findet nicht statt. In den geringeren Sachen werden, wie vorhin erwähnt, die Sätze in Terminen verhandelt, und wenn schriftliche Sätze beigebracht werden, so darf dafür nichts in Rechnung passiren. Der Mechanismus mit dem Abfordern der Acten durch den Berufungsrichter ist abgestellt; die Partei zeigt an, daß sie die Berufung verfolgt habe und der Unterrichter muß sofort bei namhafter Strafe die Acten einsenden. Bei den Localgerichten, also in Sachen unter 50 Thlr., wird immer terminlich verhandelt und der Partei steht zwar frei, sich eines Sachführers zu bedienen, jedoch unter der Bedingung, daß sie die dadurch vermehrten Kosten im Falle des Obsiegens vom Gegner nicht erstattet erhält. Die Termine sind bei den Localge-

106) Vgl. Verfügung vom 3. Febr. 1814 und Verordnung vom 15. Jan. 1814. §. 2.

richten vierzehn Tage. Ebenso sehr sind die Rechtsmittel in dem ordentlichen Prozesse abgekürzt. In der Regel wird jede Sache durch zwei gleichbedeutende Erkenntnisse entschieden und nur in Sachen, wo der Gegenstand der Beschwerde über 500 Thlr. beträgt, findet eine Oberberufung statt. Wer zur Erlangung des zweiten Erkenntnisses die Supplication vor demselben Gerichte wählt, verzichtet dadurch auf die Berufung. Wird die Entscheidung bei dem zweiten Erkenntnisse abgeändert, so folgt aus dem obigen Grundsatze zweier gleichlautender Erkenntnisse, daß der Partei, gegen welche die Abänderung erfolgte, annoch ein Rechtsmittel zusteht. Bei Nichtigkeiten findet allerdings die Querel statt; sie ist aber durch Succumbenzgelder beschränkt, die bei Querelen gegen landesgerichtliche Erkenntnisse sogar 20 Thlr. betragen. Die Competenzsumme erhellt aus dem vorhin Bemerkten, die Gerichtsverfassung betreffend. Bei der Berufung muß die Einführung und Rechtfertigung des Rechtsmittels verbunden werden. Dem Gerichte, welches das zweite oder unter Umständen dritte Erkenntniß abzugeben hat, steht auch hier frei, das Rechtsmittel ohne weitere Vernehmlassung über die Rechtfertigungsschrift zu verwerfen. Nur im Falle einer Abänderung werden weitere Verhandlungen zugelassen. Die Gerichte, selbst das Oberappellationsgericht, müssen immer Entscheidungsgründe angeben. Actenversendung findet nicht mehr statt[107]) und Kostenvergleichung tritt nur dann ein, wenn nicht allen Puncten statt gegeben ist.

b) Strafprozeß. Auch dieser ist der gemeinrechtliche, jedoch gleichfalls in mehreren Puncten abgekürzt. Er ist der gewöhnliche Untersuchungsprozeß (nicht Anklageprozeß) und nur der militärische Prozeß in Disciplinarsachen[108]) und das Verfahren bei Forst-, Jagd- und Steuerübertretungen hat etwas Aehnliches mit dem Anklage-, oder vielmehr Denunciationsprozesse, und weicht in mehreren Puncten ab, sowohl was das Verfahren, als die Rechtsmittel betrifft; wovon später noch Einiges. Die Delicte werden eingetheilt: 1) in polizeiliche und Wrogensachen; 2) in leichtere Vergehen bis zu einjähriger Gefängniß- oder Geldstrafe; 3) in solche Vergehen, worauf die Gesetze 2jährige Zuchthausstrafe gesetzt haben, und 4) in die schweren Vergehen, welche dieses Strafmaß übersteigen. Die der ersten Gattung, bis zu 14 Tage Gefängniß- oder 10 Thlr. Geldstrafe, werden von den Stadtgerichten und Aemtern summarisch untersucht und bestraft. Die der zweiten Gattung werden von den Kreisgerichten untersucht und bestraft — jedoch hat der Richter, welcher untersuchte, nicht den Vortrag zum Erkenntnisse — und die der dritten und vierten Gattung dürfen von den Kreis-

107) Aus der Abkürzung des braunschweig'schen Prozesses hat sich kein wesentlicher Nachtheil hervorgethan.

108) In den gewöhnlichen Delicten ist auch der Soldat den gewöhnlichen Gerichten unterworfen, in Disciplinarsachen aber bestehen sogenannte Stand- und Kriegsgerichte, letztere für die schwereren Verbrechen. Der Auditeur leitet die Anklage und Untersuchung und das Gericht selbst besteht nach Art des alten iudicium parium aus Standesgenossen der verschiedenen Grade.

gerichten zwar auch untersucht aber nicht entschieden werden; vielmehr ist die Entscheidung dem Landesgerichte vorbehalten. Das gemeinrechtliche articulirte Verhör fällt ganz weg; statt dessen ist vom Gerichte eine summarische Wiederholung aller in den Acten gegen und für den Angeklagten vorgekommenen Thatumstände binnen vier Wochen nach geschlossener Untersuchung anzufertigen, wogegen der Angeschuldigte mit seinen Bemerkungen gehört werden muß. Dieser sogenannte summarische Verhalt findet nur bei den Vergehen der dritten und vierten Gattung statt, worüber, wie gesagt, dem Landesgerichte das erste Erkenntniß zusteht. Außerdem, daß der Beschuldigte sich vor dem Erkenntnisse vertheidigen lassen kann, findet nur eine Art Rechtsmittel statt, das der weiteren Vertheidigung, und zwar: bei den vorhin ausgehobenen Sachen erster Art bei dem Kreisgerichte in zweiter und letzter Instanz, bei Sachen zweiter Art gegen Erkenntnisse der Kreisgerichte bei dem Landesgerichte in zweiter und letzter Instanz und bei den beiden letzten an das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht, wiederum in letzter Instanz. Zu den Vertheidigungen wird nur eine vierwöchige Frist gestattet und die Acten müssen nicht allein, wie in Civilsachen, sogleich eingeschickt, sondern es soll auch beim Landesgerichte sogleich, binnen vier Wochen noch eingekommenen Acten, von der Sache Vortrag gemacht werden. Eine schöne Vorschrift ist, daß bei den schwereren Vergehen der Angeklagte einen Vertheidiger auf Kosten des Staates erhält, selbst wenn er es nicht verlangen sollte. — Wir erwähnten früher der Forst-, Jagd- und Steuerstrafsachen als solcher, die ein abweichendes Verfahren zulassen, und holen darüber Einiges nach. Die Verhandlungen — indem wir die Puncte, worin sie sich vereinigen, zusammenfassen — haben das Eigenthümliche: 1) die für einen jeden der betreffenden Verwaltungszweige angestellten herrschaftlichen Beamten müssen den Denuncianten (gewissermaßen Ankläger)[109]) machen, und zwar 2) mittelst eines Denunciationsprotocolls, dem gewisse Formen vorgeschrieben sind und welches namentlich enthalten muß: die Thatumstände, den Strafantrag, unter Anführung des Gesetzes, wodurch solcher begründet wird und die Berechnung des Strafbetrages, wovon der Uebertreter unverzüglich in Kenntniß zu setzen ist[110]). 3) Diesen Angaben ist gerichtlicher Glaube beigelegt, obwohl 4) eben diese denuncirenden Beamten — namentlich bei den Steuerdelicten — Antheil an den Strafgeldern nehmen[111]). 5) Die inneren Eigenschaften des Delictes und das Zuerkennen der Strafe ist allein von dem Vorhandensein der Thatsache abhängig gemacht, an welche das Gesetz die Strafe bindet. 6) Auch eine Confiscation der dem Defraudanten abgenommenen Gegenstände findet

---

109) Der Begriff Ankläger trifft nicht ganz zu, weil man darunter einen solchen versteht, der im ganzen Verfahren fortwährend thätig und einwirkend ist, was hier nicht stattfindet. Vergl. Müller, Strafgesetz §. 187 flg. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Th. 3. §. 678.

110) Gesetz vom 23. April 1835, die Eingangs- ꝛc. Abgaben betr. §. 122. (Nr. 14. V. S.)

111) Dasselbe Gesetz §. 149.

häufig statt und ebenso eine Pfändung. 7) Wenn der Angeklagte sich nicht stellt, so tritt eine Verurtheilung in contumaciam ein[112]); 8) Unter Umständen kann eine Verwandlung der Geldstrafe in Gefängnißstrafe eintreten. 9) Auch dem Denuncianten ist die Verfolgung eines Rechtsmittels bewilligt, namentlich das der Berufung. 10) Der Richter hat in diesen Sachen, neben dem Strafpuncte, auch insofern zugleich über den Civilpunct zu erkennen, als er über Einziehung der verkürzten Steuer und, bei den Forstdelicten, über Beschädigung des Holzes, Entschädigung u. s. w. zu sprechen hat. Endlich 11) ist bei einigen, z. B. bei Anklagen über Steuercontraventionssachen ein kürzerer Zeitraum der Verjährung — 6 Jahre — angeordnet.

Diese Abweichungen abgerechnet, wird das Verfahren ganz nach den Regeln des Untersuchungsprozesses behandelt. Diesen Forst-, Jagd- und Steuersachen ähnlich werden auch die geleitet, welche Uebertretungen gegen Weggebühren und Postdelicte zum Gegenstande haben. Eigenthümlicher Art sind ferner der kriegsrechtliche Prozeß und der fiscalische.

Der kriegsrechtliche Prozeß hat folgende Eigenthümlichkeiten: 1) Die soldatischen Dienstvergehen werden nach den Graden und der Art der Strafen, entweder durch den Commandeur höchst summarisch oder durch ein sogenanntes Standgericht, oder im schwersten Grade durch das eigenthümliche Kriegsgericht untersucht und bestraft. 2) Der Untersuchung und Bestrafung der letzten beiden Grade besonders muß eine Anklage zum Grunde liegen wobei gewisse Regeln und Formen vorgeschrieben sind. 3) Nach diesen Graden richtet sich auch die Zusammensetzung des Gerichtes sowie die Art und Weise des Verfahrens. 4) Die Leitung und Führung der Untersuchung hängt zunächst von einem angestellten und beeidigten Rechtskundigen (dem Auditeur) ab, wogegen der Spruch selbst von den Beisitzern, aus Standesgenossen zusammengesetzt, erfolgt. 5) Gegenüberstellung zwischen Officieren und Soldaten findet, wenn der Angeklagte ein Officier ist, nur bei Capitalverbrechen statt, oder wenn der Angeschuldigte das Gegenüberstellen verlangt. Sonstige Gegenüberstellungen hat das Gericht zu bestimmen. 6) Der Vertheidiger kann nicht gewählt werden, sondern wird ein für allemal von der Regierung bestimmt. Bei Todes- und Karrenstrafe muß der Angeklagte sich nothwendig vertheidigen lassen. Sie geschieht mündlich, muß jedoch auch schriftlich zu den Acten gegeben werden. 7) Den größeren Untersuchungssachen gleich, muß am Schlusse der Untersuchung eine summarische Wiederholung aller für und wider den Angeklagten vorgekommenen Umstände angefertigt und ihm vorgelesen werden. 8) Als Rechtsmittel finden statt: a) die Nichtigkeitsbeschwerde, und zwar in den Fällen, wo nicht auf die Strafe erkannt wurde, welche den Kriegsartikeln gemäß ist; ferner wenn über ein anderes Vergehen erkannt ist, als den Acten nach wirklich verübt wurde; wenn die Entscheidungsgründe den Kriegsgesetzen entgegen sind; wenn

112) Daselbst §. 127.

in wesentlichen Dingen gegen die Form gefehlt wurde, oder wenn eine wesentliche Thatsache, entweder bei der Untersuchung oder in der Darstellung, nicht gehörig aufgeklärt ist. b) Das Rechtsmittel der Revision, wenn Todesstrafe, lebenslängliche oder zehnjährige Festungsarbeit erkannt ist. Ueber das erste Rechtsmittel entscheidet das bisherige oder ein neues Kreisgericht, über das zweite das Landesgericht. 9) Sämmtliche kreisgerichtliche Urtheile müssen vom Landesherrn bestätigt werden.

Der fiscalische Prozeß wird durch einen eigends angestellten Beamten, den Landfiscal, eingeleitet. Dieses Amt gehört schon der älteren Verfassung des Landes an, wie überhaupt der Fiscal eine altteutsche Voigtei ist, die in die Reichsverfassung überging[113]). In der westphälischen Zwischenregierung ruhte das Amt in den braunschweig'schen Landen und selbst längere Zeit nachher. Erst im Jahre 1820 wurde der Landfiscal hergestellt und er verbindet in seiner Person auch das Amt eines Lehnsfiscals[114]). Ueber den Umfang des fiscalischen Amtes existiren im Lande keine besondere Verordnungen; vielmehr ist dem Landfiscale unterm 4. Juli 1820 eine eigne Dienstinstruction zugegangen, welche seine Dienstverhältnisse feststellt[115]). Der Landfiscal ist — um hier kurz den Umriß seines Amtes zu zeichnen — ein beaufsichtigender Beamter in Dingen, die das öffentliche Interesse in strafrechtlicher und polizeilicher Beziehung berühren. Es steht ihm zu, Mißbräuche mündlich oder schriftlich zu rügen; soll er aber klagend auftreten, so muß er von der höchsten Behörde dazu beauftragt (excitirt) werden, und dann darf er in Sachen, die sich im Wege des Civilprozesses verhandeln lassen, wie jeder Sachführer verfahren. Bei Strafsachen aber darf der Richter nicht von den Untersuchungspflichten abgelenkt werden, und nur bei einigen wesentlichen Dingen, wohin die Anklage selbst, die Angabe der Beweismittel, deren Prüfung und Vervollständigung gehören, muß der Fiscal gehört werden.

Strenge bewies sich die Gesetzgebung bei Unterschlagung öffentlicher Gelder, beim Haus- und Pferdediebstahle. Civil- und Militärbediente sollen bei Veruntreuung anvertrauter Gelder und Sachen, wenn die Summe 100 Thlr. erreicht oder übersteigt, Dienstboten (d. h. solche die in Jemandes Lohn und Brot stehen), wenn die Summe 15 Thlr. übersteigt und Pferdediebe ohne Unterschied, mit dem Tode bestraft werden. Jedoch findet meistentheils Begnadigung statt. —

VI. Die Rechtsverhältnisse der Staatsdiener[116]) sind, wie oben bemerkt, durch ein besonders Gesetz geordnet.

Scholz der Dritte.

---

113) Vergl. Maurer, altgermanisches Gerichtsverfahren §. 119 u. 120. Die Franzosen bildeten den Fiscal nach durch die ausgedehntere Einrichtung des ministère public.

114) Auf Einleitung der Klagen gegen herrschaftliche Lehnmänner beschränkt.

115) Wir verweisen auf Bege, Repertorium Th. 1. S. 168.

116) Vergl. §. 157 des Landtagsabschiedes vom 12. Oct. 1832 und Gesetz über den Staatsdienst von e. d. J. (Nr. 21 der B. S.)

Brautgabe[1]), Mitgift, Ehegeld, Heimsteuer, Ehesteuer, Heurathsgeld, Mitgift (dos[2]), res uxoria), heißt der Inbegriff von Allem, was der Ehemann als Vermögensvermehrung von der Frau oder von einem Anderen in deren Namen empfängt, zur Bestreitung der ehelichen Lasten. Der Zweck, weshalb die dos bestellt wird, ist der, damit von Seiten der Frau ein Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten geliefert werde[3]). Die Bedingungen, unter welchen sich der Begriff dos denken läßt, sind folgende: a) es muß eine wirkliche Ehe vorliegen[4]). Aus diesem Grunde werden die Früchte, welche aus den vor der Ehe hingegebenen Dotalsachen bis zur Eingehung der Ehe gezogen werden, zur Substanz derselben geschlagen[5]); aus gleichem Grunde wird die usucapio pro dote ohne giltige Ehe nicht zugelassen[6]) und die Klagbarkeit eines Versprechens, eine dos zu bestellen, vor der Eingehung der Ehe geleugnet[7]). b) Die vorliegende Ehe muß eine zu Recht bestehende (iustum matrimonium) sein[8]). Bei gesetzlich verbotenen Ehen tritt mithin der Begriff der dos nicht ein[9]) und er hört ganz auf, sobald das iustum matrimonium durch eine capitis deminutio zum iniustum matrimonium wird[10]). Nur in wenigen Fällen wurde bei gesetzlich verbotenen Ehen das zum Heurathsgute gegebene Vermögen caduc und verfiel dem Fiscus[11]). c) In der Bestellung der dos muß eine Vermögensvermehrung für den Ehemann liegen[12]). d) Die Sachen, welche die dos ausmachen, müssen in

---

1) Glück, Erläuterung der Pandecten, Th. 24. S. 425—448, Th. 25. S. 1—421, Th. 27. S. 109—454. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Rechte, eine civilistische Abhandlung, Bd. 1. Berlin 1824. v. Tigerström, das römische Dotalrecht, eine civilistische Abhandlung, Bd. 1. Berlin 1831. Bd. 2. ebendas. 1832.

2) Der Name dos ist griechischen Ursprungs und deutet auf *δίδωμι*. Festus de verborum signific. s. v. dos. Vgl. Tigerström, das römische Dotalrecht Bd. 1. S. 3. Für die Identität der Begriffe res uxoria und dos siehe die von Tigerström angeführten Stellen, und Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Th. 1. S. 572.

3) L. 76. D. de iure dotium (23. 3.) Quia nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est. L. 20. C. de iure dotium. (5. 12.)

4) L. 20. C. 5. 12. L. 3. D. 23. 3. §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.)

5) L. 47. D. 23. 3. L. 6. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 58. §. 12. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) Vergl. Tigerström a. a. O. S. 19.

6) L. 1. §. 2. D. pro dote. (42. 9.)

7) L. 4. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) L. 41. §. 1. D. 23. 3. L. 21. D. ibid.

8) L. 3. D. 23. 3. L. 1. §. 3. D. 42. 9. L. 39. §. 1. D. 23. 3.

9) L. 5. pr. u. §. 1. D. de condictione sine causa. (12. 7.) Vgl. Tigerström a. a. O. S. 33.

10) L. 5. §. 1. D. de bonis damnatorum. (48. 20.) L. 1. C. de repudiis. (5. 17.) Vergl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten, Th. 1. S. 246 bis 248.

11) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.) L. 61. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 3. Theod. Cod. de incestis nuptiis Nov. 12. cap. 1.

12) Hasse, Güterrecht Th. 1. S. 238—242.

Beziehung auf die Ehe[13]) und in der Absicht hingegeben worden sein, damit aus denselben ein Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten entnommen werde[14]). Treffen diese Erfordernisse zusammen, so ist der Begriff der dos vorhanden. Er wird aber in doppelter Beziehung gebraucht: 1) in objectiver d. h. in Beziehung auf die Gegenstände, welche die Dotalqualität annehmen. Dann versteht man unter dos den Inbegriff aller Sachen, welche zur dos gegeben worden sind. So wird der Ausdruck gebraucht, wenn es heißt dos datur, minuitur, augetur[15]). Auch wird der dos in dieser Beziehung der Character einer universitas beigelegt[16]); freilich nur im Gegensatze der Einzelsachen, welche die Bestandtheile derselben ausmachen[17]). 2) In subjectiver d. h. in Beziehung auf die Person dessen, welchem aus der Bestellung einer dos Rechte und Verbindlichkeiten erwachsen[18]). Der Begriff dos kommt in den Justinianischen Rechtsquellen nur in Beziehung auf die freie Ehe vor; im vorjustinianischen Rechte finden sich indessen auch Spuren davon, daß er auch in Bezug auf die Ehe mit manus vorgekommen sei[19]). In diesem Falle verstand man unter dos jedenfalls den Inbegriff des ganzen Vermögens der Frau, welches durch die in manum conventio derselben ein Theil des Vermögens des Mannes wird. Jedenfalls hat die Analogie der Ehe cum manu entscheidend auf die Ausbildung der dos im späteren Rechte eingewirkt. Dies ergiebt sich theils daraus, daß die Dotalstücke bei der freien Ehe in das Eigenthum des Mannes übergehen, theils daraus, daß die Verbindlichkeit des Ehemannes, die dos zu restituiren, einen erweislich viel späteren Ursprung hat, als das ganze Dotalverhältniß selbst. Diese Verbindlichkeit schreibt sich nämlich erst aus der Zeit her, als die Ehescheidungen in Rom gewöhnlich wurden[20]), und trat mithin zum ausgebildeten Institute der dos erst zu einer Zeit hinzu, wo die Juristen von der Ehe cum manu schlechthin auf die freie Ehe argumentiren konnten[21]). Als Ueberbleibsel dieses Zusammenhanges blieb wohl noch im späteren Rechte der Satz dotis causa perpetua est[22]), welcher im

---

13) Varro de lingua latina lib. 4. p. 48. L. 20. C. de don. ante nuptias. (5. 3.) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 24. S. 425.

14) L. 56. §. 1. D. 23. 3. L. 76. D. ibid. L. 20. C. 5. 12. Vgl. Tigerström a. a. O. S. 18.

15) Vgl. Glück a. a. O. Th. 24. S. 430.

16) L. 1. §. 4. D. de dote praelegata. (33. 4.)

17) Vgl. Hasse über universitas iuris und rerum im Archiv für civilistische Praxis Bd. 5. S. 16.

18) §. 12. J. 1. 10. L. 39. §. 1. D. 23. 3. Damit ist der Ausdruck pro dote usucapere verwandt. L. 1. §. 3. D. 42. 9. Vgl. Glück a. a. O. Th. 24. S. 430.

19) Cic. top. 4. Vatic. fr. §. 115.

20) Gellius noct. Att. lib. 4. cap. 3.

21) Fragm. Vat. §. 115.

22) Paullus in L. 1. D. 23. 3. Die hier gegebene Erklärung dieses Rechtssatzes wird noch durch folgende Stellen bestärkt: L. 1. §. 9. D. 33. 4. L. 7. C. soluto matrimonio. (5. 18.) L. 5. C. de collat. bon. (6. 20.) L. un. C. si dos constante matrimonio. (5. 19.) Nov. 22. cap. 39.

älteren Rechte wohl nur so viel heißen konnte als: die dos wird in der Absicht gegeben, damit sie nie zurück gegeben werde. Auf diese Auslegung der Worte deutet Paulus selbst hin, und es ist wohl nur ein Mißverständniß, wenn manche Juristen darin die Regel ausgesprochen finden, daß die dos dem Manne nicht blos auf eine bestimmte Zeit, sondern für die ganze Dauer der Ehe gegeben werde[23]). In Beziehung auf das Rechtssystem erscheint die Bestellung einer dos als ein rechtsbeständiger Grund (causa), dessen Vorhandensein hinreicht, um Rechte zu begründen. Daher das Eigenthum des Mannes an den Dotalsachen und die pro dote usucapio. Dieser Grund wird verschieden beurtheilt, je nachdem man ihn auf verschiedene Personen bezieht. In Beziehung auf den Ehemann und den, auf welchen dessen Rechte übertragen werden, erscheint die Bestellung der dos als ein oneroses Rechtsgeschäft[24]), d. h. als ein solches, aus dem man gegen die Uebernahme von Verbindlichkeiten Rechte erwirbt; mithin wird der Mann gewissermaßen als Gläubiger oder Käufer in Bezug auf die Dotalsachen behandelt und in Rücksicht auf ihn ausdrücklich in Abrede gestellt, daß die Bestellung einer dos für eine Schenkung anzusehen sei, weil dieselbe zur Bestreitung der ehelichen Lasten dienen solle[25]). Auch wird an manchen Stellen das zwischen Mann und Frau in Bezug auf die dos obwaltende Rechtsverhältniß mit anderen onerosen Rechtsgeschäften verglichen[26]). In Rücksicht auf den Geber der dos hingegen erscheint die dos als eine Art von Schenkung[27]); freilich nicht als eine reine (simplex donatio), sondern als eine solche, welche in Bezug auf die vorliegende Ehe gemacht wird und dazu bestimmt ist, dem Manne die Bestreitung der ehelichen Lasten zu erleichtern. In Bezug auf Dritte, welche eine dos für eine Frau, zu deren Dotation sie nicht verpflichtet sind, bestellen, wird angenommen, daß dies eine Schenkung an die Frau[28]), keinesweges aber an den Mann, enthalte,

---

23) Siehe die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 24. S. 437 u. 438.

24) Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse L. 19. D. de oblig. et act. (44. 7.)

25) L. 21. §. 1. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.)

26) L. 5. §. 2. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 23. D. de regulis iuris. (50. 17.) Die Benennung contractus für die dotis datio findet sich auch in L. 1. §. 6. D. de pecunia constituta. (13. 5.) L. 65. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 20. D. de re iudicata. (42. 1.)

27) L. 20. pr. C. de donationibus ante nuptias. (5. 3.) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 383—385. Francke, civilistische Abhandlungen S. 210—212.

28) L. 33. in fin. D. 23. 3. L. 25. §. 2. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. un. §. 13. C. de rei uxor. act. toll. (5. 13.) L. 9. in fin. C. de pactis conventis. (5. 14.) Vgl. Löhr von der propter nuptias donatio im Archiv für civil. Praxis Bd. 16. S. 5. Noch viel deutlicher ergibt sich dieser Satz aus folgenden Stellen des vorjustinianischen Rechtes: Fr. Vat. §. 305 u. 306, besonders §. 269. Vgl. Francke, civ. Abhandlungen S. 210. Note 50.

da dieser nichts desto weniger verpflichtet ist, dieselbe nach aufgelöster Ehe zurückzugeben[29]).

Eintheilungen der dos. 1) Profecticia und adventicia dos. Mit jenem Namen bezeichnet man eine solche, welche vom Vater der Frau oder einem ihrer männlichen Adscendenten herrührt[30]). Dazu ist es nothwendig, daß entweder der Vater als Vater[31]) dieselbe selbst oder durch einen Anderen[32]) gegeben habe, oder daß sie aus seinem Vermögen, wenn auch ohne seine Einwilligung bestellt worden sei[33]). Demnach gilt es auch als profecticia dos, wenn ein Dritter, um dem Vater eine Schenkung zu machen, sein Vermögen zur Bestellung einer dos hergibt[34]), oder dieser den, welcher für des Ersteren Tochter eine dos versprochen hat, beerbt[35]). Dagegen wird der Begriff prof. dos nicht auf den Fall bezogen, wenn der Vater der Frau eine Erbschaft in der Absicht ausschlägt, damit dieselbe an seinen Eidam als dos komme[36]), oder als Bürge für ein fremdes Dotalversprechen zahlt[37]); oder wenn ein Dritter dem Vater eine Schenkung in der Absicht macht, damit derselbe das Geschenk als dos für seine Tochter hingebe[38]); oder wenn der Vater mit Bewilligung seiner Tochter das, was er derselben schuldig ist, als dos hergibt[39]); oder wenn er als Curator seiner Tochter ihr ein Heurathsgut bestellt[40]). Dabei ist es gleichgiltig, ob die Tochter noch in der Gewalt des Vaters ist oder nicht[41]); ob der Besteller der dos der leibliche oder Adoptivvater der Frau[42]), und ob derselbe sui iuris oder einer fremden Gewalt unterworfen ist[43]). Der Name dos profecticia hängt mit proficisci zusammen, daher auch die Ausdrücke dos profecticia und a patre profecta synonym gebraucht werden[44]). Jede andere dos, welche nicht profecticia ist, heißt adventicia dos. Wahrscheinlich deshalb, weil sie gewissermaßen von Außen hinzutritt (quasi aliunde adveniat)[45]). Eine besondere Gattung der adventicia dos

---

29) L. 9. in fin. C. 5. 14. L. 22. §. 1. D. 24. 3. L. 19. D. 44. 7. Vgl. Löhr a. a. O. Th. 16. S. 5.

30) Ulp. fr. tit. 6. §. 1. L. 5. pr. §. 1—8. D. 23. 3.

31) L. 5. §. 6, 11 u. 12. D. 23. 3.

32) L. 5. §. 1. D. 23. 3.

33) L. 5. pr. §. 1 u. 4. D. 23. 3.

34) L. 5. §. 2. D. 23. 3.

35) L. 5. §. 14. D. 23. 3.

36) L. 5. §. 5. D. 23. 3.

37) L. 5. §. 6. D. 23. 3.

38) L. 5. §. 9. D. 23. 3.

39) L. 5. §. 11. D. 23. 3.

40) L. 5. §. 12. D. 23. 3.

41) L. 2. §. 1. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 5. §. 11. D. 24. 3. L. 5. D. de repudiis. (24. 2.)

42) L. 5. §. 13. D. 23. 3.

43) L. 5. §. 10. D. 23. 3.

44) L. 5. pr. §. 1, 8, 14. D. 23. 3.

45) Vgl. Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 171. Darauf deutet wohl L. 28. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.)

ist die dos recepticia d. h. eine von einem Dritten bestellte, deren Rückgabe an den Geber nach einem ausdrücklichen, von demselben abgeschlossenen Vertrage erfolgen muß [46]). Dieser Vertrag kann entweder eine Stipulation oder ein einfacher, gleich von Anfang an hinzugefügter sein [47]). Dieses Heurathsgut genießt weder die gesetzliche, zu Gunsten der dos eingeführte Hypothek [48]), noch leidet auf dasselbe das durch die lex Julia ausgebrachte Verbot Anwendung, Dotalgrundstücke zu veräußern [49]), so daß es scheinen muß, als ob dasselbe gar nicht als wahre dos betrachtet worden sei. 2) Dos necessaria (nothwendige) und voluntaria (freiwillige). Mit jenem Kunstausdrucke bezeichnet man ein Heurathsgut, zu dessen Bestellung Jemand gezwungen werden kann; wo kein Zwang der Art vorliegt, spricht man von einer dos voluntaria. Beide Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd. Fragt man, wer durch das Gesetz zur Bestellung einer dos verpflichtet sei, so darf man es wohl als Regel aufstellen, daß eine solche Verpflichtung überall für Niemand vorliege, außer wo ein specielles Gesetz ihm diese Verbindlichkeit auferlegt [50]). Zuerst wurden Aeltern, welche ihre Descendenten in der Gewalt haben, durch ein Rescript der Kaiser Severus und Caracalla verpflichtet, denselben bei ihrer Verheurathung ein Heurathsgut zu bestellen [51]). Auch Justinian hat dies bestätigt, theils durch die Aufnahme von L. 19. D. 23. 2. in die Pandecten, theils durch eine Constitution, in welcher er es als eine allgemeine Pflicht der Väter darstellt, Töchter auszustatten [52]). Durch dieses Gesetz sind manche neuere Rechtsgelehrte zu der Ansicht veranlaßt worden, als ob der Vater auch die Kinder, welche er nicht in der Gewalt hat, auszustatten verpflichtet sei [53]). Indessen scheint es richtiger, diese Constitution auf historischem Wege im Zusammenhange mit den früheren Gesetzen zu interpretiren und mithin nur auf den oben angegebenen Fall zu beziehen [54]). Nur wenn der Vater ein Ketzer und die Tochter rechtgläubig ist, trifft die Verpflichtung zur Dotation den Vater ohne Rücksicht auf die väterliche Gewalt [55]). Nächst dem Vater ist auch der Großvater, welcher

---

46) Ulp. fr. 6. §. 5. L. 31. §. 2. D. de mortis causa donationibus. (39. 6.) L. un. §. 13. C. 5. 13.

47) L. un. §. 13. C. 5. 13.

48) L. un. §. 1 u. 13. C. 5. 13.

49) L. 3. §. 1. D. de fundo dotali. (23. 5.)

50) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 346 flg.

51) L. 19. D. 23. 2. Für Kinder, welche nicht in der Gewalt ihres Adscendenten stehen, galt dieß zur Zeit der classischen Juristen nicht. Ulpianus in L. 7. §. 5. D. de in rem verso. (15. 3.) L. 5. §. 8. D. 23. 3., vielleicht auch Celsus in L. 6. D. de collatione. (37. 6.)

52) L. 7. C. de dotis promissione. (5. 11.) Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.

53) Muehlenbruch doctrina Pandectarum §. 521. Vergl. über die Literatur dieser Controverse Glück a. a. O. Th. 25. S. 63—65.

54) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 68.

55) L. 19. §. 1. C. de hereticis et manichaeis. (1. 4.) L. 13. C. ibidem.

die Enkelin in der Gewalt hat, zur Bestellung eines Heurathsgutes für dieselbe verpflichtet[56]). Allgemeine Voraussetzungen bei der Verwirklichung dieser Verpflichtung sind: a) daß die zu dotirende Descendentin ein legitimes Kind sei, oder die Rechte eines solchen durch Adoption oder Legitimation erhalten habe[57]); b) daß dieselbe kein eigenes Vermögen habe, aus welcher ihr eine dos bestellt werden kann[57a]). Mütter und Großmütter brauchen für ihre Töchter und Enkelinnen in der Regel keine dos zu bestellen[58]). Nur dann, wenn die Ersteren Ketzerinnen und die Letzteren der rechtgläubigen Kirche zugethan sind, leidet dies eine Ausnahme[59]). Seitenverwandte sind nach römischem Rechte nicht dazu verpflichtet, ihre Verwandten auszustatten, und es beruht nur auf einem Irrthume, wenn man dem Bruder diese Verbindlichkeit in Bezug auf seine vom Vater her verwandte Schwester hat auferlegen wollen[60]). — Ob aber diejenigen Verwandten, welche zur Ausstattung ihrer Kinder verpflichtet sind, auch zur Redotation d. h. zur Erneuerung der Brautgabe, wenn diese ohne Schuld der Frau untergeht, angehalten werden können, ist streitig[61]). Indeß scheint die verneinende Meinung deshalb den Vorzug zu verdienen, weil es gegen die natürliche Billigkeit verstößt, daß Jemand genöthigt werde, seine bereits bezahlte Schuld deshalb zum zweiten Male zu entrichten, weil der Gläubiger das Empfangene verloren hat, und weil aus mehreren Stellen der Justinianischen Rechtsbücher hervorgeht, daß eine solche Verpflichtung nach positivem Rechte nicht einmal im Falle der Eviction des zuerst gegebenen Heurathsgutes eintrete[62]), während es doch sonst eine allgemein giltige Regel ist, daß jeder Besteller des Heurathsgutes nur dann für die Eviction einstehe, wenn er diese Pflicht ausdrücklich über sich genommen, oder als Verkäufer oder durch seinen dolus verantwortlich ist[63]). Zudem liegt aber auch in dem Abschlusse einer neuen Ehe von Seiten der Tochter nicht der geringste Grund zur Be-

---

56) L. 19. D. 23. 2. L. 6. D. 37. 6.

57) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 68. Glück a. a. O. Th. 25. S. 62.

57a) L. 7. C. 5. 11. Vergl. Glück a. a. O. Th. 25. S. 73—75. Meyerfeld im rheinischen Museum Bd. 7. S. 101 u. 102.

58) L. 14. C. 5. 12.

59) L. 19. §. 1. C. 1. 4.

60) L. 12. §. 3. D. de administratione et periculo. (26. 7.) Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 58—63 geht noch weiter. Er macht nämlich auch die Frau in Person verbindlich, eine dos zu bestellen. Allein dem steht L. 32. §. 2. D. de condictione indebiti (12. 6.) entgegen und die Stellen, welche gegen den Curator der Frau einen Zwang zulassen, ihr eine dos zu bestellen (L. 9. C. 5. 37. L. 22. C. ibid. L. 52. D. 26. 7.) gehören gar nicht hierher. Vgl. Hasse, Güterrecht Th. 1. S. 364—366. Glück a. a. O. Th. 25. S. 105. Fuhr, civilistische Versuche S. 135—138.

61) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Zimmern: es gibt keine gesetzliche Pflicht zur Redotation, im Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 201—206.

62) L. 69. §. 7. D. 23. 3. L. 1. C. de iure dotium. (5. 12.) L. 71. D. de evictionibus. (21. 2.)

63) L. 16. u. 34. D. 23. 3. L. 69. §. 7. D. ibid. L. 1. C. 5. 12. Vgl. Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 56—58.

stellung eines neuen Heurathsgutes vor, da sich ja eine Ehe recht gut ohne Heurathsgut denken läßt. Noch grundloser erscheint der Streit mancher Practiker, welche von der Verpflichtung zur Redotation einzelne Seitenverwandten ausdrücklich auszunehmen gedenken. Außer der Verwandtschaft erkennt das gemeine Recht noch einen anderen Grund als Verpflichtung an, für Jemand eine dos zu bestellen, nämlich das Delict. Schon nach römischem Rechte sollte das Vermögen der Jungfrauenräuber dazu verwendet werden, um der Geraubten, wenn sie später einen Anderen als ihren Räuber heurathet, im Fall sie eine Freigeborene ist, ein Heurathsgut zu bestellen[64]). Dies nach einer Constitution Justinians. In der heutigen Praxis gilt auch der Beischlaf mit einer unbescholtenen und unverlobten Jungfrau als Grund der Dotationsverbindlichkeit für den Verführer, wenn er sich weigert, die Verführte zu heurathen. Dieser Grundsatz ist durch eine Usualerklärung einer Stelle des mosaischen Rechtes[65]), welche in die Decretalen Gregors als cap. 1. X. V. 16. (de adulteriis et stupro) aufgenommen worden ist, entstanden und in den Particulargesetzgebungen weiter ausgebildet worden. 3) Dos aestimata (taxirtes Heurathsgut) und non aestimata[66]). Mit dem zuerst genannten Kunstausdrucke bezeichnet man ein in den Ehepacten zu einem bestimmten Preise angeschlagenes Heurathsgut. Jede dos, bei deren Bestellung eine solche Taxation nicht gemacht worden ist, heißt dos non aestimata. Diese bildet die Regel, jene die Ausnahme. Daher Sachen, welche zur dos non aestimata gehören, Dotalsachen im eigentlichen Sinne heißen[67]). Eine Taxation der Dotalsachen kann aus verschiedenen Gründen in den Ehepacten vorgenommen werden, nämlich entweder venditionis causa oder taxationis gratia[68]). Jenes ist der Fall, wenn die Absicht der Ehegatten, welche die Taxe hinzufügen, die ist, daß dem Ehemanne die einzelnen Dotalsachen für die in den Ehepacten angegebene Geldsumme käuflich überlassen werden. In diesem Falle wird der Ehemann vollständiger Eigenthümer aller ihm übergebenen Dotalstücken, gleich als wenn er dieselben gekauft hätte[69]), und es wird ihm wegen Forderungen aus dem Vertrage und der Eviction der Dotalsachen die emti actio gegen seine Frau gestattet[70]). Dieser

64) L. un. §. 1. C. de raptu virginum. (9. 13.) Vgl. Marezoll in Grolman's Magazin für Rechtswissenschaft S. 370—373. Dagegen wieder Fuhr, civilistische Versuche S. 137.

65) Exod. XXII. vs. 16 u. 17. Vgl. Boehmer ius ecclesiasticum protestantium lib. 5. tit. 16. §. 2—13.

66) Der Kunstausdruck dos aestimata findet sich in L. 5. C. de iure dotium. (5. 11.) Sonst heißt es immer aestimatus fundus, aestimata praedia. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 138.

67) L. un. §. 15. C. 5. 13.

68) L. 69. §. 7. D. 23. 3. Freilich sind diese Kunstausdrücke dem römischen Rechte unbekannt.

69) L. 1. 5. 10. C. 5. 12. L. 9. §. 3. D. qui potiores in pignore. (20. 4.) L. 3. D. locati conducti. (19. 2.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 140.

70) L. 1. C. 5. 12. L. 10. C. ibid. L. 16. D. 23. 3.

Kauf gilt aber nicht eher für geschlossen, als wenn die Ehe erfolgt [71]): vorher gilt die Taxe als nicht hinzugefügt, und die Dotalsachen stehen auf die Gefahr der Frau [72]). Ist der Kauf aber perfect, so geht die Gefahr und der Vortheil der abgeschätzten Sachen auf den Ehemann über [73]), es müßten denn allgemeine Gründe eintreten, welche die Gefahr der Dotalsachen der Frau aufbürdeten, z. B. Verzug derselben in der Uebergabe der Dotalsachen [74]). Als eigentlicher Gegenstand des Heurathsgutes werden aber nicht sowohl die einzelnen abgeschätzten Gegenstände angesehen, als vielmehr die in den Ehepacten ausgedrückte Summe [75]). Am Deutlichsten wird dies durch die Art und Weise, wie die römischen Juristen im vorliegenden Falle die Verpflichtung der Frau, dem Manne Schadenersatz wegen der Eviction der Dotalsachen zu leisten, behandeln [76]). Wenn nämlich der Mann in dieser Beziehung das Doppelte des Werthes der Sache erhält, so wird das, was den Werth übersteigt, zur Summe des Dotalgeldes geschlagen und bei der Trennung der Ehe gerade so restituirt, als ob es ein Theil der dos geworden wäre [77]). Aus dieser Ansicht erklärt es sich ganz ungezwungen, woher es kommt, daß das Verbot der lex Julia de adulteriis in Bezug auf die Veräußerung von Dotalgrundstücken auf ästimirte Grundstücke keine Anwendung findet [78]). Diese Regeln leiden auch dann keine Ausnahme, wenn nach der Taxe ein Vertrag zwischen beiden Parteien gemacht worden ist, daß die Dotalsachen unter derselben Taxe in Natur zurückerstattet werden sollen [79]). Besondere Grundsätze treten dann ein, wenn die Frau oder der Mann sich bei der Taxation verletzt finden. Beschwert sich nämlich die Frau über Verletzung, so steht es in der Willkür des Mannes, ob er die abgeschätzte Dotalsache zurückgeben, oder den wahren Werth derselben ersetzen wolle [80]). Ist die Sache aber in der Zwischenzeit zu Grunde gegangen, so restituirt der Mann nur die ausgeworfene Taxe. Beschwert sich aber der Mann über Verletzung, so braucht er nur den wahren Werth der Sache zu restituiren, falls diese noch vorhanden ist [81]). Ist sie aber bereits untergegangen, so muß er die in den Ehepacten bestimmte Taxe erlegen. Natürlich wird aber bei jeder Anfechtung dieser Taxe vorausgesetzt, daß ein giltiger Grund zur Umstoßung

---

71) L. 10. §. 4. D. 23. 3. L. 17. §. 1. D. 23. 3.
72) L. 10. §. 5. D. 23. 3. L. 17. §. 1. D. ibid.
73) L. 10. C. 5. 12. L. un. §. 9. C. 5. 13. L. 10. pr. D. 23. 3. L. 15. D. ibid. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 140.
74) L. 14. D. 23. 3.
75) L. 17. §. 1. D. 23. 3. L. 5. C. 5. 12. L. 10. C. ibid.
76) L. 1. C. 5. 12. L. 16. D. 23. 3. Deshalb wird dem Manne auch die ex emto actio gewährt.
77) L. 16. D. 23. 3. Falls der Mann keinen Regreß an die Frau genommen hat, steht ihm später bei der Rückforderung der dos wegen der evincirten Sachen die doli mali exceptio zu. L. 49. D. soluto matrim. (24. 3.)
78) L. 11. D. de fundo dotali. (23. 5.)
79) L. 66. §. 3. D. 24. 3. L. 18. D. 23. 3.
80) L. 12. §. 1. D. 23. 3. L. 6. C. soluto matrimonio. (5. 18.)
81) L. 6. C. 5. 18.

des einmal geschlossenen Vertrages, z. B. Arglist des Gegners, Minorennität des Verletzten vorliege[82]); denn sonst kann von einer solchen Anfechtung nicht die Rede sein. — Taxationis causa geschieht die Aestimation der Dotalsachen dann, wenn es nicht die Absicht der Contrahenten ist, die Dotalsachen käuflicher Weise zu überlassen und zu übernehmen, sondern wenn der Preis nur deshalb im Voraus bestimmt wird, damit künftig bei der Restitution des Heurathsgutes kein Streit über den wahren Werth der Dotalsachen entstehe, wenn dieselben bei der Trennung der Ehe nicht mehr vorhanden sind[83]). Eine solche Verabredung wird als Nebenvertrag der Taxation angesehen und mithin im Zweifel nicht vermuthet[84]). Sie hat die Wirkung, daß der Gegenstand der dos nicht verändert wird[85]). Daher kommt es, daß die Frau, welche im guten Glauben fremde Sachen zur dos gegeben hat, nicht für die Eviction derselben einzustehen braucht[86]), und daß die Sachen nach getrennter Ehe als Individuen zurückerstattet werden. Die hinzugefügte Taxe wird aber erst dann in Betracht kommen, wenn die Dotalsachen nicht mehr vorhanden sind[87]). Im Zweifel hat jedenfalls der Mann die Wahl, was er zurückgeben wolle, die Sachen oder den Taxwerth, und nur durch besondere Verabredung kann dieses Wahlrecht auf die Frau übertragen werden. Die taxirten Sachen stehen indeß auch hier auf die Gefahr des Ehemannes, und deshalb gehört ihm auch jeder Vortheil, welcher aus denselben erwächst[88]).

Ein Heurathsgut bestellen (dotem constituere[89])) heißt jede Handlung unter den Lebenden oder auf den Todesfall, wodurch ein ganzes Vermögen oder einzelne Vermögensstücken von der Frau oder einem Anderen für dieselbe in das Vermögen des Ehemannes als successor singularis so übertragen werden, daß er aus denselben einen Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten entnehme[90]). Was die Art und Weise der Bestellung betrifft, so erkannte man in der ältesten Zeit wohl nur Acte unter den Lebenden für giltig an. Dies ergibt sich schon daraus, daß in dem älteren Rechte eine dos nur durch datio, promissio oder dictio bestellt werden konnte[90a]).

---

82) L. 12. §. 1. D. 23. 3. L. 6. C. 5. 18.

83) L. 69. §. 7. D. 23. 3. L. 10. §. 6. D. 23. 3. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 148 leugnet die Möglichkeit einer Aestimation taxationis causa.

84) L. 69. §. 7. D. 23. 3. L. 5. C. 5. 12. Vergl. Glück a. a. O. Th. 25. S. 32 u. 33.

85) L. 69. §. 7. D. 23. 3. L. 50. D. 24. 3.

86) L. 69. §. 7. D. 23. 3.

87) L. 10. §. 6. D. 23. 3.

88) L. 18. D. 23. 3. L. 66. §. 3. D. 24. 3.

89) Dieser Kunstausdruck findet sich schon bei Caius inst. I. §. 178 u. 180. Zur Erklärung des Begriffes ist es interessant die Parallelstellen bei Ulp. fr. 11. §. 20 u. 21. zu vergleichen.

90) L. 7. D. 23. 3. L. 10. §. 3. D. ibid. L. 20. C. 5. 12. Vgl. L. 4. D. de pactis dotalibus. (23. 4.) L. 11. D. ibid. Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 379.

90a) Ulp. fr. 6. §. 1.

Unter datio dotis hat man die sofortige Uebertragung des Eigenthums der Dotalsachen auf den Ehemann zu verstehen und es genügte dazu jeder Act, wodurch dieselben sofort an denselben kamen, z. B. Mancipation [91]); in iure cessio; Tradition [92]); Acceptilation, wenn die Frau ihren Mann auf diese Weise von einer ihr geschuldeten Obligation befreit [93]), oder ein Dritter, um der Frau ein Geschenk zu machen, eine ihm vom Ehemanne geschuldete Summe erläßt [94]); Delegation [95]) und Cession [96]) von Forderungen; Liberation und debiti remissio [97]); Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Legates von Seiten der Frau, damit es an den substituirten Mann kommen möge [98]). Späterhin reichte auch das Legat zu, wobei nichts darauf ankam, ob der Erblasser, welcher das Vermächtniß errichtet, sich in den Worten, die dasselbe enthalten, geradezu an den Ehemann oder an die Frau gewendet hat [99]). Nach einer Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius kam bei der dotis datio eine gewisse Förmlichkeit vor; doch läßt sich nach dem heutigen Zustande unserer Rechtsquellen nicht mit Gewißheit bestimmen, worin dieselbe bestanden habe [100]). Im Justinianischen Rechte wird der Begriff der dotis datio gewöhnlich nur dann gebraucht, um die durch Tradition der Dotalsachen bestellte dos zu bezeichnen [101]). Durch promissio wird eine dos constituirt, wenn zwischen dem Besteller der dos und dem Ehemanne eine Stipulation dotis causa eingegangen wird [102]). Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß alle Erfordernisse vorhanden sind, welche das Recht zur Giltigkeit der Stipulation verlangt. Aus einem solchen Versprechen entsteht für den Ehemann die actio ex stipulatu. Es ist nicht zu bezweifeln, daß schon durch die dotis promissio eine dos

---

91) Caius inst. II. §. 65.
92) L. 46. pr. D. 23. 3. L. 5. D. 24. 1.
93) L. 41. §. 2. D. 23. 3. L. 43. pr. D. ibid.
94) L. 43. §. 1. D. 23. 3.
95) L. 41. §. 3. D. 23. 3. L. 83. D. ibid. L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.)
96) L. 2. C. 4. 10. Hier erfolgt die Uebertragung der Forderung erst durch die Litiscontestation nach den allgemeinen Grundsätzen, welche von der Cession gelten.
97) L. 12. §. 2. D. 23. 3. L. 58. §. 1. D. ibid. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 99.
98) L. 14. §. 3. D. de fundo dotali. (23. 5.) L. 5. §. 5. D. 23. 3.
99) L. 48. §. 1. D. 23. 3. L. 69. §. 1. D. de legatis. 1. (30.) L. 71. §. 3. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 331—335.
100) L. 3. C. Th. de incestis nuptiis. Vergl. dazu die Bemerkungen von Hasse a. a. O. Th. 1. S. 312 flg. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 106.
101) L. 5. §. 11. D. 23. 3. L. 39. §. 1. D. ibid. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 96. Falls das Heurathsgut in baarem Gelde bestand, brauchte man den Ausdruck dos numerata. Cic. pro Caecina cap. 4. L. 81. D. pro socio. (17. 2.) Cod. V. 15. de dote cauta, non numerata.
102) Ulp. fr. 6. §. 1 u. 2. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 107—109.

wirklich constituirt wird, gleichviel ob die Erfüllung der daraus entstehenden Verbindlichkeit bereits vor sich gegangen ist, oder nicht[103]). Mithin ist die dos bereits als vorhanden anzusehen, ehe die Erfüllung verwirklicht wird[104]), und die Meinung derer, welche die Existenz der dos vor der Erfüllung ableugnen[105]), beruht nur auf erweislich falscher Erklärung einiger Pandecten-[106]) und Coderstellen[107]). — Durch dictio wurde im älteren Rechte eine dos eben sowohl bei der strengen[108]), als bei der freien Ehe constituirt. Dicere dotem heißt hier soviel, als eine dos dem Ehemanne ankündigen[109]). Dazu bedurfte es einer gewissen Feierlichkeit[110]) und, im Fall es die Frau that, auch der Auctorität ihres Vormundes. Diese Ankündigung geschah wahrscheinlich nur mit den Worten: doti tibi erunt[111]) und andere durch den Gebrauch geheiligte Formeln. Die dotis dictio erscheint als eine Art Verbalobligation und erzeugt für den Ehemann jedenfalls die condictio. Streitig ist es, ob zur Giltigkeit der dictio auch die Annahme des Versprechens von Seiten des Ehemannes nothwendig war[112]). Jedenfalls bedurfte es keiner vorhergehenden Frage von Seiten des Ehemannes[113]) und keiner Antwort von Seiten der Ehefrau, da in der dotis dictio der, welcher sie dicirt, als die einzige Person genannt wird, die zu sprechen habe[114]). Die, welche die Annahme des Versprechens von Seiten des Ehemannes für nothwendig erachten[115]), stützen sich auf einige Stellen der Alten[116]),

---

103) L. 41. D. 24. 3. L. 44. §. 1. D. ibid. Vgl. Hasse, Güterrecht Th. 1. S. 274—280. Tigerström, Dotalrecht Th. 1. S. 90—95. Zimmern, Geschichte des röm. Rechtes Th. 1. §. 157. Note 12 u. 13.

104) L. 36—38. D. 23. 3.

105) Cuiac. in lib. XI. quaest. Papin. ad leg. 7. D. soluto matrimonio u. Andere geben in dieser Beziehung die Regel: in iure semper constituitur dos traditione, non verbis.

106) L. 5. D. 24. 3. L. 81. D. 17. 2.

107) L. 1. C. de dote cauta, non numerata. (5. 15.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 91 u. 92.

108) Cic. pro Flacco. cap. 34 u. 35.

109) Plaut. Aulul. II. 2. vs. 61 u. 78. Vgl. Hasse a. a. O. S. 292.

110) L. 3. C. Th. de incestis nuptiis.

111) L. 25. D. 23. 3.

112) Die Literatur dieser Controverse gibt Glück a. a. O. Th. 20. S. 200 flg. Zimmern in der Geschichte des römischen Privatrechtes Th. 1. §. 158. Note 7 u. 8. Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 226 bis 228.

113) Caii epitome II. 9. §. 3.

114) Caius l. c. II. 9. §. 4. Item et alio casu uno loquente — contrahitur obligatio. Vgl. Löhr in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1. S. 227. Note 2. und Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 226.

115) z. B. Glück a. a. O. Th. 20. S. 200. Note 89. Zimmern a. a. O. §. 158. Note 8.

116) Scholium Donati ad Terentii Andriam V. 4. vs. 48 u. 49. Seneca controvers. 1. 6. Vgl. Löhr a. a. O. Bd. 1. S. 228. Note 5. Schilling a. a. O. S. 226.

welche dem angeführten Zeugnisse eines Juristen doch wohl an Glaubwürdigkeit nachstehen und auch auf andere Weise befriedigend erklärt werden können. Die Befugniß, ein Heurathsgut durch Diction zu bestellen, stand nach den Ansichten der römischen Juristen nur der Frau, welche die Ehe einzugehen beabsichtigt, wenn sie sui iuris ist, dem Schuldner der Frau, wenn er auf ihren Befehl sie bestellt, und ihren nur durch Männer mit ihr verwandten Adscendenten männlichen Geschlechtes zu[117]). Alle anderen Personen konnten keine dos diciren, wenn schon es ihnen unbenommen war, eine dos durch datio oder promissio zu bestellen. Nur mußte bei Frauen stets nach älterem Rechte die tutoris auctoritas hinzutreten[118]), was in den Justinianischen Rechtsquellen dahin abgeändert ist, daß an die Stelle des tutor entweder der Generalcurator der Frau oder ein eigends dazu ernannter Specialcurator tritt. Die Diction hat sich im römischen Rechte mehrere Jahrhunderte hindurch erhalten[119]) und ist erst abgekommen, seitdem die Kaiser Theodosius und Valentinian verordnet haben, daß zur Giltigkeit der Dotalobligation jeder Vertrag, selbst ohne Diction und Stipulation, hinreichen sollte[120]). Diese Constitution ist auch in den Justinianischen Codex, freilich mit Weglassung der Worte, welche die dotis dictio betreffen, übertragen[121]) und in allen Justinianischen Rechtsquellen jede Spur der Diction sorgfältig vertilgt worden[122]). Somit bleiben für das Justinianische Recht aus dem älteren Rechte nur noch zwei Formen der Bestellung übrig, nämlich die datio und promissio dotis, wozu nach der angeführten Constitution auch noch die pollicitatio dotis tritt, d. h. die Bestellung einer dos durch ein Versprechen, welches nicht in feierliche Worte eingekleidet ist[123]). Gleichgiltig ist es aber, ob dieses Versprechen schriftlich oder mündlich abgegeben wird. Die aus einem solchen formlosen Versprechen entstehende Klage bezeichnen die neueren Rechtsgelehrten mit dem Namen condictio ex lege sexta C. de dotis promissione et nuda pollicitatione. — Hierbei ist noch die Frage zu erörtern, ob eine dos auch stillschweigend constituirt werden könne. Versteht man dieses so: ob eine constitutio dotis nach stillschweigender Absicht wahrscheinlicher Weise anzunehmen sei, wenn die Umstände des vorliegenden Falles nichts Besonderes

---

117) Ulp. fr. 6. §. 2. Fr. Vat. §. 99 u. 100.

118) Cic. pro Caecina c. 25., pro Flacco c. 35., Cai. inst. I. §. 178 u. 180., Ulp. fr. 11. §. 20, 21 u. 27., Fr. Vat. §. 110. Im Justinianischen Rechte, wo die Geschlechtstutel nicht mehr im Gebrauche ist, wird der Tutor durch einen Curator ersetzt. L. 61. pr. D. 23. 3. L. 7. D. de tutoribus et curatoribus datis. (26. 5.)

119) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 118.

120) L. 4. Theod. C. de dotibus.

121) L. 6. C. de dotis promissione. (5. 11.)

122) Vgl. Cuiacius zu Ulpiani fr. 6. §. 2. ed. Schulting p. 581. und Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 297—305.

123) L. 6. C. 5. 11. Diese Sanction wiederholt Justinian in L. 25. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

ergeben? so muß sie verneint werden, weil man Veräußerungen nicht präsumiren darf[124]). Versteht man aber unter dieser Frage Folgendes: ist die Erwähnung des Heurathsgutes (dos) bei der Bestellung durchaus nothwendig, so ist die Frage zu bejahen, wenn nur überhaupt aus den übrigen Bestandtheilen des Geschäftes die Absicht, eine dos zu bestellen, klar hervorgeht[125]). — Was den Zeitpunct anbetrifft, zu welchem das Heurathsgut bestellt werden kann, so kann dies im Anfange und während der Dauer der Ehe giltiger Weise geschehen[126]). Auch eine Vermehrung des Heurathsgutes ist während der Dauer der Ehe zulässig[127]), freilich nur unter der Voraussetzung, daß dabei dieselben Erfordernisse vorhanden seien, welche die Constitution der dos erheischt, z. B. der Beitritt des Curators von Seiten der Frau[128]). Auch vor Eingehung der Ehe kann eine dos giltiger Weise bestellt werden; doch wird angenommen, daß ein solches Versprechen stillschweigend von der Bedingung: si nuptiae sequantur abhängig gemacht worden sei[129]). Daher werden die Früchte der Dotalsachen, welche der künftige Ehemann vor der Eingehung der Ehe aus den Dotalsachen gezogen hat, zur Substanz der dos geschlagen[130]) und kommen bei der Restitution derselben nach getrennter Ehe in Anschlag[131]); deshalb kann die vor der Eingehung der Ehe versprochene dos erst nach der Vollziehung derselben vom Ehemanne eingeklagt werden; deshalb kann der Constituent, wenn die Ehe nicht erfolgt, das, was er als Dotalsache hingegeben hat, mit der condictio ob causam datorum zurückfordern[132]) und des practischen Bedürfnisses halber ist ihm für diesen Fall auch das Vorzugsrecht (privilegium exigendi), was gewöhnlich nur der wahren dos zusteht, zugestanden worden[133]). — Was von der Bestellung des Heurathsgutes gilt, läßt sich mit vollem Rechte auch auf die Vermehrung einer bereits bestehenden dos während der Dauer der Ehe beziehen. Ueberhaupt ist eine solche Vermehrung stets erlaubt, so lange die Ehe besteht[134]); und dies in Folge

---

124) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 412—429. Ueber die Literatur dieser Controverse siehe Glück a. a. O. Th. 25. S. 244.

125) L. 23. D. 23. 3.

126) Fr. Vat. §. 110. §. 3. J. de donationibus. (2. 7.)

127) §. 3. J. 2. 7.

128) L. 7. D. de tutoribus et curatoribus datis. (26. 5.)

129) L. 4. §. 2. D. de pactis. (2. 14.) L. 41. §. 1. D. 23. 3. L. 21. D. ibid.

130) L. 6. D. 24. 3. L. 38. §. 12. D. de usuris. (22. 1.) L. 38. §. 16. D. ibid. L. 47. D. 23. 3. L. 7. §. 1. D. 23. 3. L. 38. §. 1. D. 23. 3. Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 244. Tigerström, Dotalrecht Bd. 1. S. 19 u. 20.

131) L. 6. D. 24. 3. L. 38. §. 1 u. 12. D. 22. 1. L. 7. §. 1. D. 23. 3.

132) L. 7. §. 1. D. de condictione causa data, causa n. s. (12. 4.) L. 10. D. ibid. L. 59. §. 2. D. 23. 3. L. 10. D. de sponsalibus. (23. 1.)

133) L. 17. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.) L. 74. D. 23. 3. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1. S. 244.

134) §. 3. J. de donationibus. (2. 7.) L. 1. C. de donationibus ante nuptias. (5. 12.) L. 19. C. ibid.

des allgemeinen Grundsatzes, daß eine dos auch während der Dauer der Ehe bestellt werden könne. Doch müssen dann dieselben Personen einwilligen, deren Consens zur Bestellung eines neuen Heurathsgutes nothwendig ist, z. B. der Curator der Frau u. s. w.[135]). Eine solche Vermehrung des Heurathsgutes durch neue Constitution heißt augmentum dotis und muß, wie Alles, was den Dotalcharacter annimmt, bei der Trennung der Ehe mit der Hauptmasse restituirt werden[136]).

Fragt man, was für Sachen Gegenstand des Heurathsgutes sein können? so muß die Antwort so lauten: alle Sachen, welche dem Dotalzweck genügen, d. h. welche im Stande sind, einen Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu liefern[137]). Dies setzt aber voraus, 1) daß sie im Commercium sind, d. h. giltig gekauft und verkauft werden können. So kann ein freier Mensch nicht zur dos gegeben werden[138]). 2) Daß sie im Stande sind, eine Vermögensvermehrung von Seiten des Mannes herbeizuführen. Gegenstand der dos können also sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen sein[139]). Unter den letzteren werden namentlich Grundstücke und Häuser häufig als Gegenstände des Heurathsgutes genannt. Unter den beweglichen Sachen verdienen Sclaven, Kleidungsstücke und Hausgeräth eine besondere Erwähnung. Auch baares Geld kann Gegenstand der dos sein. Selbst in Zinsen[140]) und anderen jährlichen Renten kann das Heurathsgut bestehen[141]). Auch fremde Sachen können zur dos gegeben werden, wenn nur der Ehemann bei der Annahme derselben sich im guten Glauben befindet[142]). Dieser erlangt nämlich durch die Annahme solcher Sachen die Befugniß, dieselben zu usucapiren[143]); doch steht es natürlich dem wahren Eigenthümer frei, sie vor der Vollendung der Verjährung zu vindiciren[144]). Ganze Complexe von Einzelsachen, z. B. eine Erbschaft[145]) und das ganze Vermögen der Ehefrau können ebenfalls Gegenstand der dos sein[146]).

---

135) L. 7. D. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent. (26. 5.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 61.

136) L. 69. §. 9. D. 23. 3.

137) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 128—138.

138) L. 4. D. de lege Fabia de plagiariis. (48. 14.)

139) L. 30. C. 5. 12.

140) L. 28. §. 7. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 21. §. 1. D. ibid.

141) L. 31. §. 2. C. 5. 12.

142) L. 81. D. 23. 3. L. 11. D. 24. 3. L. 6. §. 1. D. 23. 3. L. 34. D. ibid.

143) Dig. pro dote. (41. 9.) Cod. VII. 28. Fremde Geldstücken, die zur dos gegeben worden sind, nehmen die Dotalqualität erst an, wenn sie aufgezehrt werden. L. 81. D. 23. 3.

144) L. 34. D. 23. 3.

145) L. 5. §. 5. D. 23. 3. L. 14. §. 3. D. 23. 5. L. 13. §. 10. D. de heredit. petit. (5. 3.)

146) L. 72. pr. D. 23. 3. L. 4. C. 5. 12. Hier wird indeß die Gütermasse erst nach Abzug der Schulden berechnet.

Eine wichtige Classe von Sachen, die zur dos gegeben werden können, sind Rechte z. B. der Nießbrauch. Hier lassen sich folgende Fälle unterscheiden: a) der Ehemann hat die Proprietät. Dann hört der zur dos gegebene Nießbrauch für die Dauer der Ehe auf; jedoch muß er bei der Scheidung erneuert werden[147]). b) Die Proprietät gehört der Ehefrau. Dann muß nach Trennung der Ehe der Ususfructus der Frau zurückcedirt werden[148]). c) Die Proprietät gehört weder dem Manne, noch der Frau an. In diesem Falle gelten nicht die Früchte, sondern das Recht selbst als Gegenstand der dos[149]). Ist das Recht vom Dritten selbst dotis causa dem Ehemanne constituirt worden, so tritt bei der Restitution des Heurathsgutes aus speciellen Gründen, welche sich aus der Natur der persönlichen Servituten ergeben, eine Schwierigkeit ein. Man wußte sich nämlich nicht recht zu helfen, indem das Recht des Nießbrauches nicht vom Manne sofort an die Frau übertragen werden konnte[150]). Pomponius gibt den Rath, der Ehemann solle bei der Trennung der Ehe die Restitution dadurch verwirklichen, daß er der Frau den Nießbrauch entweder verpachte oder uno nummo verkaufe. Marcellus schlägt einen andern Weg ein. Er rathet der Frau, sich dafür vom Manne Caution stellen zu lassen, daß er ihr und ihren Erben das Ziehen der Früchte gestatten werde (frui pati.) — Zu den Rechten, welche zur dos gegeben werden können, gehören auch die Obligationen, theils active, theils passive. Im letzten Falle ist es ein Verzicht des Bestellers auf eine Schuld, welche der Ehemann an ihn zu bezahlen hat[151]); im ersten Falle macht eine außenstehende Forderung (nomen) den Gegenstand der dos aus[152]). Die Art und Weise, wie dieselbe auf den Ehemann übertragen wird, ist gewöhnlich die durch Delegation, Expromission und Litiscontestation. Im letzteren Falle klagte der Ehemann im Auftrage seiner Frau ihren Schuldner aus[153]), oder stellte, wenigstens nach den Grundsätzen des späteren Rechtes, nach Analogie des Käufers einer fremden Schuldforderung (nominis emtio) die utilis actio zu gleichem Zwecke an[154]). War das nomen zinsbar, so wurde dem Ehemanne der Zinsgenuß

---

147) L. 78. pr. D. 23. 3.

148) L. 78. §. 2. D. ibid.

149) L. 7. §. 2. D. 23. 3. Ganz verschieden ist der Fall, wenn ausgemacht wird, daß die Früchte einer Sache den Gegenstand der dos bilden sollen. Hier werden diese Früchte nach getrennter Ehe restituirt. L. 7. §. 2. D. 23. 3. L. 4. D. 23. 4.

150) L. 66. D. 23. 3. (Pomponius) L. 57. D. 24. 3. (Marcellus.) Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 249—254. Glück a. a. O. Th. 25. S. 11 u. 12.

151) L. 88. §. 1. D. 23. 3. L. 115. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 11. pr. D. de acceptilatione. (46. 4.) Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1. S. 256 u. 257.

152) L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.) L. 36. D. 23. 3. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 136—137.

153) L. 49. D. 24. 3.

154) L. 2. C. 4. 10.

gestattet[155]), und er brauchte die Zinsen bei der Rückgabe des Heurathsgutes nicht zu vergüten. Gegenstände, welche einmal die Dotalqualität angenommen haben, behalten diese Eigenschaft so lange, als keine Verwandlung nachgewiesen wird. Eine solche Verwandlung (permutatio rerum dotalium) kann aber nur in zwei Ursachen ihren Grund haben, entweder im Vertrage oder im Gesetze. Im Vertrage, wenn während der Dauer der Ehe die Ehegatten übereinkommen, an die Stelle des einen Dotalstückes ein anderes zu setzen[156]). Ein solcher Vertrag ist freilich nur dann giltig, wenn dies der Frau nützlich ist[157]) und die betreffenden Personen einwilligen[158]). Durch den Vertrag werden Dotalstücke in Geld umgesetzt, oder Dotalgelder zum Ankaufe von Stücken verwendet. Im ersten Falle werden die Geldstücken dotal, im zweiten die mit dem Gelde erkauften Sachen. Ein solcher Vertrag versteht sich sogar von selbst, wenn Dotalsachen mit Einwilligung der Frau verkauft werden[159]). Im Gesetze hat aber die Vertauschung der Dotalsachen mit anderen insofern ihren Grund, als anzunehmen ist, daß, wenn der Ehemann mit Dotalgeldern Sachen ankauft, diese Handlung so ausgelegt wird, als ob die Frau in die Umsetzung des Heurathsgutes eingewilligt hätte. Mithin nehmen die mit den Dotalgeldern angekauften Gegenstände den Dotalcharacter an und können von der Frau nach getrennter Ehe eben so mit der dotis actio in Anspruch genommen werden, als wenn sie von Anfang an denselben gehabt hätten[160]). Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß die Frau das Eigenthum an diesen Gegenständen erwerbe[161]). — Ueber die Größe des Heurathsgutes ist nichts in den römischen Rechtsquellen bestimmt. Zwar hat Heineccius[162]) angenommen, die dos der feminae illustres habe gewöhnlich decies centena d. h. eine Million Sesterzen betragen; allein diese Behauptung beruht nur auf Zeugnissen nicht juristischer Schriftsteller. In den Pandecten finden sich Beispiele von decem[163]), von quadraginta[164]), von centum[165]), von aurei centum[166]), von ducenta[167]), von decem mi-

---

155) L. 71. D. 23. 3. L. 77. D. ibid.

156) L. 26. D. 23. 3. L. 27. D. ibid. L. 21. D. 23. 4. L. 25. D. 23. 3. L. 61. D. ibid.

157) L. 26. D. 23. 3.

158) L. 7. D. 26. 5.

159) L. 32. D. 23. 3.

160) L. 12. C. 5. 12. L. 54. D. 23. 3. L. 22. §. 13. D. 24. 3. Auf eine juristische Fiction deuten die Worte in L. 54. D. 23. 3.

161) L. 12. C. 5. 12. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 257.

162) Antiquitatum Romanarum syntagma II. 8. §. 3. not. b. ed. Hauboldi p. 422.

163) L. 48. pr. D. 23. 3. L. 59. pr. D. ibid.

164) L. 43. §. 1. D. 26. 7.

165) L. 10. D. de dote praelegata. (33. 4.) L. 84. §. 6. D. de legatis I. (30.)

166) L. 125. D. de verborum significatione. (50. 16.)

167) L. 4. D. ubi pupillus educari. (27. 2.)

lia[168]), auch von decies centena[169]). Auch scheint der Character des römischen Dotalrechtes der Annahme entgegen zu stehen, daß für die Größe des Heurathsgutes ein gewisses Maß vorgeschrieben gewesen sei[170]). Denn erstens erscheint die Bestellung einer dos von Seiten des Bestellers als eine nur von seiner Willkür abhängende Veräußerung. Wer möchte aber unter diesen Umständen annehmen, daß ihm durch das Gesetz hier ein bestimmtes Quantum vorgeschrieben worden sei? Selbst in den Fällen, wo die Bestellung des Heurathsgutes erzwungen werden kann, ist von einem solchen gesetzlichen Maße nirgends die Rede. Zweitens scheint aber auch die Art und Weise, wie sich die römischen Juristen über die Bestellung einer dos äußern, darauf hinzudeuten, daß, wenn die Sache gerichtlich wurde, das Ermessen des Richters eintrat, welcher angewiesen wird, im Zweifel die Größe des Heurathsgutes nach dem Vermögen des Gebers und dem Stande der Frau und dem Range des Mannes zu bestimmen[171]). Jedenfalls ist aber die vom Curator der Frau in deren Namen versprochene dos, insofern sie ihr Vermögen übersteigt, als nichtig zu betrachten[172]). — Eine mit der Bestimmung der Größe des Heurathsgutes verwandte Frage ist die, nach welchen Regeln der Fall zu beurtheilen sei, wenn Jemand eine dos ohne Angabe ihrer Größe versprochen hat? Hier steht nun soviel fest, daß das bloße Versprechen eines Heurathsgutes, ohne irgend eine Bezeichnung ihrer Größe und ohne Bezug auf ein giltiges Ermessen, ungiltig ist und mithin auch keine Klage hervorbringt[173]). Findet sich aber im Dotalversprechen nur die geringste Andeutung des Ermessens irgend einer Person, so ist das Dotalversprechen giltig und die Bestimmung der Größe des Heurathsgutes erfolgt nach billigem Ermessen (viri boni arbitratu) in Gemäßheit der oben angegebenen Regeln[174]).

Fragt man ferner, wer die dos als Berechtigter einfordern könne, und was ihm zur Erreichung dieses Zweckes für Rechtsmittel zustehen, so ist nicht zu bezweifeln, daß der Ehemann in der Regel derjenige sei, welchem diese Rechtsmittel zu Gebote stehen. Denn er ist es eigentlich, welcher Eigenthümer der Dotalsachen werden soll, die ehelichen Lasten trägt und verpflichtet

---

168) L. 49. pr. D. 24. 3.
169) L. 6. §. 1. D. de usuris et fructibus. (22. 1.)
170) Tigerström, Dotalrecht Th. 1. S. 169.
171) L. 60. D. 23. 3. L. 69. §. 4 u. 5. D. ibid. L. 19. §. 1. C. 1. 5. L. 43. D. de legatis. (32. 3.)
172) L. 43. §. 1. D. de administratione et periculo. (26. 7.) L. 61. pr. D. 23. 3.
173) L. 1. C. 5. 11.
174) L. 69. §. 4. D. 23. 3. L. 3. C. 5. 11. Vgl. Hasse, Güterrecht Th. 1. S. 368—372. Glück a. a. O. Th. 25. S. 178 flg. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 177—184. u. s. w. Der Letztere beschränkt die Giltigkeit eines solchen Dotalversprechens auf die Fälle, wo eine dos necessaria eintreten kann.

wird, die Sachen nach getrennter Ehe wieder herauszugeben [175]). Nur in zwei Fällen leidet dies eine Ausnahme: a) wenn das Heurathsgut durch Vermächtniß bestimmt ist und der Erblasser in dem Testamente den Ehemann nicht ausdrücklich bevollmächtigt hat, das Vermächtniß einzuheben. In diesem Falle kann die Frau, wenn sie will, das Legat einklagen [176]). b) Wenn der Ehemann in der väterlichen Gewalt steht, so kann die Aushändigung des Heurathsgutes eben so gut an den Sohn, als an den Vater geschehen. Im ersten Falle wird indeß der Vater zur Restitution des Heurathsgutes nur insoweit verpflichtet, als das Peculium des Sohnes reicht [177]), und nur wenn eine in rem versio oder ein Dolus des Vaters nachgewiesen wird, ist er auf ein Mehr verpflichtet. Im letzten Falle ist der Vater zur Restitution des ganzen Heurathsgutes gehalten, und der Sohn kann nur insofern belangt werden, als er Erbe des Vaters geworden ist [178]). Was von der Anshändigung der Dotalsachen gilt, muß auch auf die Bestellung einer dos durch Versprechen bezogen werden. Denn auch hier hat der Promittent die Wahl, ob er sein Versprechen zunächst an den Vater oder an den Sohn richten will [179]), und nach der Verschiedenheit dieser Fälle ist entweder der Erste oder Zweite befugt, das versprochene Heurathsgut von ihm einzuklagen. — Die Rechtsmittel, welche zur Einforderung der geschuldeten dos dem Berechtigten zustehen, sind bereits oben bei der Lehre von der Constitution der dos erörtert worden. Aus der Stipulation entsteht die certi condictio oder actio ex stipulatu; aus der Pollicitation die condictio ex lege sexta Codicis de dotis promissione; aus dem Legate die ex testamento actio. Außer diesen nur auf die Person des Promittenten sich beschränkenden Klagen hat der zur Einforderung des Heurathsgutes Berechtigte noch eine stillschweigende Hypothek an allen Gütern desjenigen, welcher ihm dasselbe versprochen oder zu gewähren hat [180]). Dieses Pfandrecht entsteht, nach der gewöhnlichen Meinung, wenn das Heurathsgut vor der Ehe bestellt wird, mit der Vollziehung der Ehe; wenn die Bestellung aber erst später erfolgt, so entsteht es im Augenblicke der Bestellung, oder im Falle der Eviction der Dotalsachen im Augenblicke der Uebergabe der

---

175) L. 56. §. 1. D. 23. 3. L. 19. D. ibid. Doch wird auch Repräsentation durch Sclaven oder freie Stellvertreter zugelassen. Von Sclaven spricht: L. 46. pr. D. 23. 3.; von freien Stellvertretern sprechen: L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 19. D. 23. 3. L. 14. D. 23. 5.

176) L. 48. §. 1. D. 23. 3. L. 69. §. 2. D. 30. L. 71. §. 3. D. 35. 1. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1. S. 320—335.

177) L. 36. D. de peculio. (15. 1.) L. 52. §. 1. D. ibid. L. 20. §. 2. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 53. D. ibidem.

178) L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 10. C. soluto matrimonio. (5. 18.)

179) L. 44. §. 1. D. 23. 3. L. 57. D. ibid.

180) L. un. §. 1. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 19. S. 90—92. Th. 25. S. 194. Sintenis, Pfandrecht S. 314—316.

Dotalstücken an den Mann. Richtiger beschränkt man aber mit den Basiliken[181]) das stillschweigende Pfandrecht auf die Güter der Frau, welche das Heurathsgut constituirt hat oder durch einen Anderen hat constituiren lassen. Vermöge dieses Pfandrechtes kann der Ehemann auch die Pfandklage (actio quasi Serviana) gegen dritte Besitzer der Sachen der Ehefrau brauchen, wenn er von derselben oder im Namen derselben von einem Anderen wegen der Dotalforderung nicht befriedigt wird. Die zwischen dem Schwiegervater und der Frau von der einen Seite und dem Schwiegersohne und dem Ehemanne von der anderen Seite eintretende Schwägerschaft ist indeß Ursache, daß, wenn die Ersteren aus dem Dotalversprechen belangt werden, dieselben nicht über den Betrag ihres Vermögens hinaus verurtheilt werden können[182]). Diese Rechtswohlthat heißt bei den neueren Rechtsgelehrten beneficium competentiae und wird im angegebenen Falle nicht unter Vorausabzug der Schulden gestattet[183]). Sie wird aber den genannten Personen nur so lange gewährt, als die Schwägerschaft dauert, d. h. so lange die Ehe besteht. Nach Trennung der Ehe fällt sie in der Regel weg, vorzüglich dann, wenn der Schwiegervater durch die Vorspiegelung einer dos und im Bewußtsein seiner Insolvenz den Schwiegersohn zur Vollziehung der Ehe verleitet hat[184]). Der Vorausabzug der Schulden kommt dem Besteller des Heurathsgutes bei der Klage des Ehemannes nur dann zu statten, wenn er die Clauseln cum potuero, cum commodum erit, cum salva dignitate mea potero bei der Bestellung hinzugefügt hat. — Was die Verzinsung der rückständigen Dotalgelder betrifft, so versteht es sich, daß, wenn ein Zinsversprechen vorliegt, die Zinsen sofort entrichtet werden müssen[186]). Ist aber ein solches Zinsversprechen nicht vorhanden, so ist der Ehemann zwar befugt, gleich nach der Vollziehung der Ehe auf die Aushändigung des versprochenen Heurathsgutes zu klagen, allein er darf binnen zwei Jahren, von dem Abschluß der Ehe an gerechnet, weder auf Verzugszinsen, noch auf Vergütung der Früchte Anspruch machen[187]). Nach Ablauf der zwei Jahre werden ihm die Früchte vergütet, ingleichen die Zinsen nach dem Zinsfuße von vier Procent gezahlt, wenn das Heurathsgut in Geld oder in abgeschätzten Sachen, oder in beiden zugleich besteht. Liegt keiner dieser Fälle vor, dann soll nach Ablauf der zwei Jahre es mit den Dotalsachen gerade so gehalten werden, wie es die allgemeinen Regeln von der Litiscontestation bei jedem anderen Processe

---

181) Basil. 29. 1. 119. tom. IV. ed. Fabr. p. 542.

182) L. 84. D. 23. 3. L. 17. pr. u. §. 1. D. 24. 3. L. 32. D. ibid. L. 22. D. de re iudicata. (42. 1.)

183) L. 19. §. 1. D. 41. 1.

184) L. 84. D. 23. 3. L. 21. D. 42. 1. L. 22. D. ibid. Vgl. Glück, a. a. O. Th. 25. S. 188—192.

185) L. 125. D. de V. S. (50. 16.)

186) L. 2. C. 5. 11. vgl. mit L. 42. §. 2. D. 24. 3.

187) L. 31. §. 2. C. 5. 12. Vergl. Glück a. a. O. Th. 25. S. 182 bis 184.

erheischen. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Klage vor Ablauf des zweijährigen Termins erhoben wird, Zinsen und Früchte der Dotalsachen, wofern ihre Vergütung nicht schon von einem früheren Termine versprochen worden ist, erst vom Ablaufe der genannten Frist an bei der Condemnation des Bestellers in Betracht kommen. — Eine besondere Erörterung verdient die dos cauta, non numerata d. h. das Heurathsgut, dessen Empfang vom Ehemanne bescheinigt worden ist, und das von dem, welcher es zu zahlen versprochen hat, nicht ausgezahlt worden ist[188]). Es war nämlich Sitte, daß der Ehemann in den Dotalinstrumenten gleich von Anfang an den Empfang der dos, wenn schon erst in Hoffnung künftiger Auszahlung, bescheinigte[189]). Da er dadurch leicht in Schaden kommen konnte, so wurde ihm nach den Constitutionen der späteren römischen Kaiser ein Rechtsmittel zur Sicherung gestattet, welches in die Form einer Einrede (exceptio non numeratae dotis) und in die Form einer Beschwerde (querela non numeratae dotis) gekleidet werden kann. Jenes, im Fall der Ehemann nach getrennter Ehe auf gerichtlichem Wege wegen der Herausgabe des Heurathsgutes an die Frau oder deren Erben belangt wird; dieses, wenn er selbstständig sein Recht geltend machen will, ohne die Klage des anderen Theiles abzuwarten. Beide Rechtsmittel beruhen auf demselben Grunde. Denn eines Theils steht die Querel nur dem zu, welcher zur Exception berechtigt sein würde[190]); anderen Theils ist die Querel an dieselben Zeitfristen gebunden, welche dem Ehemanne zur Vorschützung der Exception gestattet werden[191]); endlich wird der Querel nur die Wirkung beigelegt, daß sie das Recht, die Exception zu brauchen, perpetuire[192]). Auch spricht für diese Ansicht sehr deutlich die Analogie der exceptio und querela non numeratae pecuniae[193]), welche für den vorliegenden Fall um so entscheidender ist, da die exceptio non numeratae dotis nur als eine modificirte exceptio non numeratae pecuniae sich darstellt[194]). Manche denken sich die Querel als eine wirkliche Klage. Dem widerspricht indeß die Analogie der querela non numeratae pecuniae, welche auch in der Form einer bloßen Protestation bei dem Bischofe des Ortes ausgebracht werden kann[195]), und der Umstand, daß die Querel auch außergerichtlich (wenn gleich nur auf schriftlichem Wege) durch contestatio geschehen kann[196]). Der Gebrauch dieser Rechtsmittel ist schon zeitig an gewisse Fristen gebunden

---

188) Tit. Cod. de dote cauta non numerata. (5. 15.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 25. S. 247—259.

189) L. 1. C. 5. 15. L. 3. C. ibid.

190) Dieß ergibt L. 14. §. 4. C. de non numerata pecunia. (4. 30.)

191) L. 3. C. 5. 15. Nov. 100.

192) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

193) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

194) L. 3. C. 5. 15.

195) L. 14. §. 4. C. 4. 30.

196) Nov. 100. cap. 1. pr. vergl. mit Iuliani epitome Nov. const. 93. cap. 349.

worden. Nach Ablauf dieser Fristen sind die Rechtsmittel verjährt und dann beweisen die Dotalinstrumente voll [197]). Durch eine ältere Constitution Justinians ist die Dauer der Exception auf ein Jahr, von der Trennung der Ehe an gerechnet, beschränkt worden; ohne Unterschied, ob sie vom Manne oder von dessen Erben, gegen die Frau oder deren Erben gebraucht wird [198]). Dabei versteht es sich von selbst, daß sie während der Dauer der Ehe mit voller Wirkung gebraucht werden kann. Durch eine spätere Verordnung desselben Kaisers (Nov. 100.) sind für die Querel folgende höchst specielle Vorschriften aufgekommen. Hat die Ehe zwei Jahre oder eine kürzere Zeit bestanden (gleichviel, ob sie durch Tod oder Scheidung aufgelöst wird), so soll auch nach deren Auflösung dem Manne, oder, wenn er gestorben ist, ohne die Querel zu erheben, dessen Erben ein Jahr lang, vom Augenblicke der Trennung der Ehe an gerechnet, die Querel gestattet werden [199]). Hat ferner die Ehe länger als zwei Jahre und doch noch nicht länger als zehn Jahre gedauert, so wird das Rechtsmittel dem Manne nur binnen drei Monaten, von der Auflösung der Ehe an gerechnet, gestattet [200]). Fehlen indeß an den zehn Jahren nicht mehr volle drei Monate, so kann die Querel nur binnen dieser kürzeren Zeitfrist angestellt werden [201]). Auf die Erben des Mannes geht sie in dem angegebenen Falle wohl nur dann über, wenn der Mann sie binnen der gehörigen Zeit auf die angegebene Weise erhoben hat und gleich darauf verstorben ist [202]). Doch hat auch die andere Meinung, welche in dieser Beziehung die dreimonatliche Frist dem Erben des Mannes zu Gute kommen läßt, Manches für sich: nämlich erstens die Analogie des zuerst erörterten Falles und dann die etwas weit gefaßten Worte von Nov. 100. cap. 2. [203]). Hat endlich die Ehe über zehn Jahre hinaus gedauert, so wird dem Manne und dessen Erben die Querel abgeschlagen [204]). Dasselbe gilt auch dann, wenn der Mann seit der Eingehung der Ehe zehn Jahre hat verstreichen lassen [205]). Ueberhaupt wird in den beiden zuletzt genannten

---

197) L. 3. C. 5. 15. Nov. 100. cap. 1. §. 1.

198) L. 3. C. 5. 15. Von der Querel sagt Nov. 100. prooem. daß sie vor diesem Gesetze während der Dauer der Ehe immer habe angestellt werden können.

199) Nov. 100. cap. 1. prooem. cap. 2. prooem. Wenig genau ist die Darstellung von Glück a. a. O. Th. 25. S. 248—250.

200) Nov. 100. cap. 1. §. 1. cap. 2. prooem.

201) Nov. 100. cap. 1. §. 1. Si autem neque intra decennium queratur; cap. 2. prooem. Si vero transcurrerit decennium. Vgl. Buchholz, juristische Abhandlungen S. 173. Note 8.

202) Nov. 100. cap. 1. pr. Damus marito queri et dicere, non illatam sibi dotem aut in partem aut in solidum, et, si hoc fecerit, transmittere querelam, semel marito querente. Darnach sind wohl die allgemeinen Ausdrücke in cap. 2. prooem. restrictiv zu interpretiren. Vgl. Buchholz a. a. O. S. 175.

203) Si vero ultra biennium usque ad decem annos matrimonium extendatur, marito damus querelam et heredi eius intra menses tres.

204) Nov. 100. cap. 1. §. 1. cap. 2.

205) Nov. 100. cap. 1. §. 1. Vgl. Buchholz a. a. O. S. 174.

Fällen der Wille des Mannes fingirt, das Heurathsgut entweder in eigner Person zu restituiren, oder durch seine Erben restituiren zu lassen. Diese Regeln sollen gelten, wenn die, welche die Ehe abschlossen, volljährig waren; waren sie aber im Moment, wo die Ehe eingegangen wird, minderjährig, so steht dem Manne die Querel nur binnen zwölf Jahren zu, vom Augenblicke des Abschlusses der Ehe an gerechnet[206]). Stirbt nun der junge Ehemann innerhalb der zwölf ersten Jahre der Ehe, so können seine Erben noch binnen Eines Jahres, vom Tode des Erblassers an gerechnet, die Querel brauchen. Hinterläßt aber der Ehemann minderjährige Erben, so soll diesen, ohne Unterschied, ob ihr Erblasser noch als minderjähriger, oder schon als großjähriger Mann verstarb, ohne die Querel angestellt zu haben, vom Augenblicke der Auflösung der Ehe durch den Tod an gerechnet, ein Zeitraum von fünf Jahren zur Anstellung der Querel zu Statten kommen[207]). — Bei der Erklärung dieses so speciellen Gesetzes wird die Controverse von Wichtigkeit, ob dies Gesetz allein auf die Querel oder auch auf die Exception gleichen Namens sich beziehe, mit anderen Worten, ob die durch dies Gesetz ausgesprochenen Verjährungsfristen auch für die exceptio non numeratae dotis gelten? Buchholz leugnet dies geradezu[208]) und nimmt an, daß für die Exception die durch const. 3. C. 5. 15. (de dote cauta, non numerata) festgesetzte Verjährungsfrist von einem Jahre auch im neuesten Rechte noch fortbestehe. Die gewöhnliche Meinung[209]) dehnt indeß die Vorschriften der Nov. 100. auch auf die Exception aus, nimmt consequenter Weise an, daß durch dieses Gesetz die oben angeführte Constitution aufgehoben worden sei, und wenn gleich die dispositiven Worte der Nov. 100. unleugbar von der Querel sprechen, so scheint die gewöhnliche Meinung doch deshalb den Vorzug zu verdienen, weil die Querel ein von der Exception völlig abhängiges, und nur deren Perpetuation bezweckendes Rechtsmittel ist, mithin mit derselben steht und fällt, und weil auch die byzantinischen Rechtsgelehrten die Ausdehnung der durch unsre No-

---

206) Nov. 100. cap. 2. prooem. Diese Vorschrift erklärt sich einfach daraus, daß der Kaiser von der Ansicht ausgeht, daß die Männer frühestens im fünfzehnten Jahre heurathen, und daß denselben die exceptio non numeratae pecuniae schon nach älterem Rechte binnen zwei Jahren von der Vollendung ihrer Minderjährigkeit an gerechnet zustand. L. 5. C. quibus causis in integr. (2. 41.) Vgl. Balduinus de iure novo lib. III. in iurisprudentia Romana et Attica tom. I. p. 1159. und Buchholz a. a. O. S. 175. Note 13.

207) Nov. 100. cap. 2. §. 1. Vergl. Unterholzner, von der Verjährung Bd. 2. S. 37. und Buchholz a. a. O. S. 176, 177.

208) A. a. O. S. 169—178.

209) Daß dieß die Meinung der Glosse gewesen ist, ergibt sich schon daraus, daß sie die authentica: quod locum hinter L. 3. C. de dote cauta, non numerata eingeschaltet hat. Von den späteren Juristen sind dieser Meinung beigetreten: Cuiacius in der expositio Nov. 100. Fr. Balduinus de iure novo lib. I. in der Iurisprud. Attica et Rom. tom. I. p. 1039. Schweppe, römisches Privatrecht §. 288. Unterholzner, von der Verjährung Bd. 2. S. 32. und die meisten neueren Compendienschreiber.

velle festgesetzten Verjährungsfristen auf die Exception als unbezweifelt ansehen [210]). — Als Eigenthümlichkeit der Exception muß es wohl gelten, daß der Excipient mit dem Beweise dessen, was den Inhalt derselben ausmacht, verschont wird; vielmehr wird dem Gegner durch die Vorschützung der Exception der Beweis aufgebürdet, daß das Heurathsgut wirklich an den Beklagten ausgeantwortet worden [211]). Wird dieser Beweis nicht geführt, so gilt die Einrede für wahr, und die Klage auf Restitution des Heurathsgutes wird abgewiesen. In manchen Fällen fällt die Einrede, mithin auch wohl die Querel von selbst hinweg. Es sind folgende: 1) wenn der Ehemann, außer dem in den Ehepacten enthaltenen Empfangsbekenntnisse über die Illation des Brautschatzes noch eine Separatquittung ausgestellt hat [212]). 2) Wenn das in den Ehepacten enthaltene Empfangsbekenntniß vom Ehemanne in der Absicht ausgestellt worden, um der Frau mit dem Dotalquantum ein Geschenk zu machen [213]). Vorausgesetzt wird dabei, daß die Schenkung in der gesetzlichen Weise vollzogen und vom Ehemanne während seines Lebens nicht widerrufen worden ist. 3) Wenn die Dotalurkunde erst nach dem Abschlusse der Ehe errichtet worden ist [214]). Diese Ausnahme ist durch die Praxis eingeführt. — In dieser Lehre versteht es sich von selbst, daß es auch nach der Verjährung der Einrede dem Ehemanne unbenommen bleibt, das Dotalinstrument zu condiciren [215]), und daß die Gläubiger des Ehemannes, falls Concurs zu dessen Vermögen ausbricht, nach gleichen Grundsätzen, wie die Erben des Ersteren, zu behandeln sind [216]), und daß die Einrede auch bei nur partieller Auszahlung des Heurathsgutes Anwendung findet [217]). Streitig ist es indeß, ob der Ehemann auch nach der Verjährung der Exception und der Querel mit dem Beweise des Nichteinbringens gehört werden muß [218]). Für die verneinende Meinung scheint sich Justinian selbst in Nov. 100. cap. 1. §. 1. zu entscheiden.

Die Rechte des Mannes in Bezug auf das ihm gege-

---

210) Theodorus im Scholium der Basil. 29. 3. 1. ed. Fabr. tom. IV. p. 682. A. Fabrot gibt nur die lateinische Uebersetzung des Hervetus. Den griechischen Text, welcher aus der florentinischen Basilikenhandschrift geschöpft ist, siehe in Heimbach *Ἀνέκδοτα* tom. I. p. 246.

211) L. 1. C. 5. 15. Nov. 100. prooem. cap. 1. pr.

212) L. 14. §. 1. C. 4. 30.

213) L. 2. C. 5. 15. Si eandem donationem legitime confectam non revocavit. Vgl. den Scholiasten in Basilic. ed. Fabr. tom. IV. p. 713.

214) Hofacker principia iuris civ. tom. I. §. 448. u. not. b.

215) Huber praelect. ad Pand. lib. XXIV. tit. 3. §. 9. in fine und Glück a. a. O. Th. 25. S. 257.

216) Anderer Meinung ist Pufendorf observat. iuris universi tom. IV. obs. 82. §. 8. und Glück a. a. O. Th. 25. S. 257.

217) Nov. 100. cap. 1. prooem.

218) Bejahend beantwortete diese Controverse Voëtius im Comment. ad Pand. tom. II. lib. XXIII. tit. 3. §. 17. verneinend Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 688. Schweppe, röm. Privatrecht §. 688. Glück a. a. O. Th. 25. S. 256.

bene Heurathsgut lassen sich am Einfachsten vom Gesichtspuncte des Eigenthums aus erklären[219]). Bei den Dotalstücken, welche unter einer bestimmten Taxe hingegeben werden (res dotales aestimatae) kann der Satz füglich nicht bezweifelt werden, daß der Mann durch die Illation des Heurathsgutes Eigenthümer der Dotalstücken werde. Dasselbe gilt von den vertretbaren Sachen, welche einen Bestandtheil des Heurathsgutes ausmachen[220]). In Bezug auf die übrigen zur dos gegebenen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist es freilich bestritten, ob der Mann auf die Dauer der Ehe wahrer Eigenthümer derselben werde. Einige machen den Mann zum unbeschränkten Eigenthümer aller Dotalsachen[221]); Andere sprechen ihm das Eigenthum derselben ab, außer wenn es nicht fungible oder käuflicher Weise überlassene Sachen sind[222]), und eignen ihm ein bloßes Nutzungsrecht an denselben zu; Andere endlich lassen dem Mann an den nicht vertretbaren und nicht taxirten Dotalstücken das sogenannte bürgerliche Eigenthum (dominium civile oder dominium cum administratione) auf die Dauer der Ehe erwerben und gestehen der Frau ein ruhendes oder natürliches Eigenthum (dominium quiescens, dormiens, naturale) zu, welches erst bei der Auflösung der Ehe wieder aufleben und in Wirksamkeit treten soll[223]). Der neueste Schriftsteller über das Dotalrecht[224]) spricht der Frau das Eigenthum an den Dotalstücken auch für die Dauer der Ehe zu und behauptet, daß der Mann dieselbe nur als Procurator der Frau verwalte, um die Vortheile zu erlangen, welche ihm dadurch zur Bestreitung der ehelichen Lasten gewährt werden, und daß ihm mithin nur durch Fiction ein Eigenthum zugeschrieben werden könne. Daß aber das volle Eigenthum der Dotalsachen auf den Mann für die Dauer der Ehe übergehe, ergibt sich in Bezug auf die beweglichen Dotalsachen aus mehreren Gesetzstellen[225]), und wird auch dadurch bestätigt, daß der Mann Dotalsclaven sogar gegen den Willen der Frau freilassen kann[226]). In Bezug auf unbewegliche Dotalgüter wird das Eigenthum des Mannes theils durch mehrere Gesetzstellen

---

219) Vgl. Löhr, wer ist Eigenthümer der dos? in dessen Magazine für Rechtswissenschaft Bd. 4. S. 57—77.

220) L. 42. D. 23. 3.

221) Z. B. Cuiacius observat. X. 32., von Löhr a. a. O. Th. 4. S. 57—77.

222) Z. B. Donellus comm. iuris civilis lib. X. cap. 4. §. postremo.

223) Dieser Meinung sind Voëtius comment. ad Pandectas. lib. XXIII. tit. 3. §. 19. Galvanus, Malblanc, Dabelow u. s. w.

224) Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 201, 238—239.

225) L. 7. §. 3. D. 23. 3. L. 9. §. 1. D. ibid. L. 3. §. 1. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.) L. 3. §. 21. D. de acquirenda vel amittenda possessione. (41. 2.) L. 7. C. de servo pignori dato. (7. 8.) §. 40. J. de rerum divisione. (2. 1.)

226) L. 61. D. 24. 3. L. 3. C. 5. 12. Vgl. Glück a. a. O. Th. 25. S. 136.

bewiesen[227]), theils dadurch, daß bei der Hingabe eines Dotalgrundstückes, welches vor der Ehe dem Manne dienstbar war, Confusion eintritt[228]). Erkennt man diese Beweisgründe als triftig an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehefrau das Eigenthum der Dotalsachen für die Dauer der Ehe völlig abzusprechen sei, da zwei verschiedene Personen an einer und derselben Sache zu gleicher Zeit nicht das volle Eigenthum haben können[229]). Und diese Ansicht muß consequenter Weise auch für die Zeit der Trennung der Ehe gelten, da das Eigenthum durch die Trennung der Frau nicht zufällt und ihr die Eigenthumsklage nach getrennter Ehe nur nach einer von Justinian aufgebrachten juristischen Fiction gestattet wird[230]). Wenn es aber gleichwohl in manchen Stellen der Justinianischen Gesetzbücher heißt: dos mulieris est[231]), in bonis mulieris est[232]), so ist dies nicht sowohl auf das Eigenthum der Frau an den Dotalstücken zu beziehen, sondern scheint nur im Allgemeinen darauf zu deuten, daß das Heurathsgut als ein Vermögensstück der Frau angesehen wurde, da sie nach getrennter Ehe auf die Restitution desselben klagen kann[233]). Am Wenigsten kann man const. 30. C. 5. 12. (de iure dotium) zur Stütze der gewöhnlichen Ansicht vom natürlichen Eigenthume der Frau machen, da es bei Abfassung dieses Gesetzes der Zweck Justinians war, die Sache so darzustellen, als ob die Frau auch während der Ehe ein Eigenthumsrecht an den Dotalgütern fortbehalte, und gleichwohl der Kaiser sich nicht verhehlen konnte, daß das Civilrecht seiner Ansicht geradezu entgegentrat.

Aus dem Eigenthume des Ehemannes an den Dotalsachen ergeben sich von selbst folgende einzelne Rechte: 1) das Recht der Nutznießung. Der Fruchtgenuß der Dotalsachen wird dem Ehemanne aus Gründen der natürlichen Billigkeit zugesprochen, da er die Lasten der Ehe zu tragen hat[234]); und dieser Fruchtgenuß gehört ihm so wesentlich zu, daß es ohne denselben den Anschein gewinnen würde, als sei gar kein Heurathsgut bestellt worden[235]). Die aus den Dotalsachen gezogenen Früchte verbleiben definitiv dem Manne

---

227) L. 13. §. 2. D. 23. 5. L. 23. C. 5. 12. pr. J. 2. 8. Theoph. paraphr. inst. II. 8. pr. ed. Reitz tom. I. p. 305—307.

228) L. 7. §. 1. D. 23. 5. vgl. mit L. 1. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 6.)

229) L. 5. §. 25. D. commodati. (13. 6.) L. 40. §. 2. D. de procurat. (3. 3.) L. 19. §. 3. D. de castr. peculio. (49. 17.)

230) L. 30. C. 5. 12.

231) L. 71. D. de evictionibus. (21. 2.) L. 75. D. 23. 3.

232) L. 4. D. de collatione. (37. 6.)

233) Diese Deutung begünstigen namentlich L. 71. D. 21. 2. L. 4. D. 37. 6. und der Umstand, daß in bonis esse auch von solchen Vermögensstücken gebraucht wird, die man mit irgend einer Klage einem Anderen absordern kann. L. 49. D. 50. 16. L. 52. D. 41. 1. L. 15. D. 50. 17. Vgl. Löhr a. a. O. Th. 4. S. 70—77. und Glück a. a. O. Th. 25. S. 143—148.

234) L. 10. §. 3. D. 23. 3. L. 7. prooem. D. ibid. L. 20. C. 5. 12. L. 11. D. 23. 4. Paulli S. Rec. II. 22. 1.

235) L. 11. D. 23. 4.

und können ihm späterhin durch keine Klage abgefordert werden[236]). Daher kommt es, daß die römischen Juristen in der Lehre vom Dotalrechte sehr genau auseinander setzen, was zu den Früchten (fructus) zu rechnen sei. Ausgeschieden wird vom Begriff der Früchte der aus Steinbrüchen gebrochene Marmor, außer wenn er nicht nachwächst[237]); Bäume, welche vom Winde umgebrochen worden[238]); der auf dem Dotalgrundstücke gefundene Schatz[239]); die Jungen der Dotalheerde, inwiefern sie dazu dienen, um die Heerde vollzählig zu erhalten[240]); Alles, was die Dotalsclaven nicht ex re mariti oder ex operis suis erwerben[241]); und die Kinder der Dotalsclavinnen[242]). Diese ausgenommenen Gegenstände vermehren die Masse des Heurathsgutes und müssen nach getrennter Ehe vom Ehemanne zurückerstattet werden. Auf die Fälle, in welchen die römischen Rechtsquellen keine bestimmte Entscheidung an die Hand geben, ist es wohl am Sichersten, die vom Nießbrauch geltenden Grundsätze analogisch anzuwenden, da die Rechtssätze, welche die römischen Juristen bei der Entscheidung jener Fälle leiteten, offenbar mit diesen identisch sind. Handelt es sich um die Ausmittelung der Größe der Früchte, so kommt bei der Berechnung der einmal aus den Dotalsachen gezogenen Früchte das im Voraus in Abzug, was der Ehemann in Bezug auf die Erzeugung der Früchte aufgewendet hat[244]). Falls eine außenstehende Forderung der Gegenstand des Heurathsgutes ist, besteht der Fruchtgenuß des Mannes in der Perception der Zinsen[245]). 2) Das Recht, das Heurathsgut zu verwalten. In dieser Beziehung hat der Ehemann nicht allein das Recht, die Dotalsachen selbst von der Frau[246]) und jedem anderen Besitzer[247]) zu vindiciren, oder zu gleichem Zwecke

---

236) L. 2. C. de pactis conventis tam super dote. (5. 14.) An die Stelle der Früchte treten auch die aus der Verpachtung der Dotalsachen gelösten Gelder. L. 7. §. 2 u. 3. D. 24. 3. L. 7. §. 10 u. 11. D. 24. 3. L. 31. §. 2. C. 5. 12.

237) L. 8. §. 1. D. 24. 3. L. 18. pr. D. 23. 5. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 206.

238) L. 7. §. 12. D. 24. 3. L. 32. D. 23. 3.

239) L. 7. §. 12. D. ibid.

240) L. 10. §. 3. D. 23. 3. L. 68. §. 2. D. de usufructu. (7. 1.) vgl. mit L. un. §. 9. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

241) L. 19. §. 1. D. 15. 1. L. 45. §. 1. D. de adquirenda vel om. hered. (29. 2.) L. un. §. 9. C. 5. 13. Beispiele finden sich in L. 3. pr. D. 23. 5. L. 45. §. 1. D. 29. 2. L. 65. D. 23. 3. Vergl. L. 19. §. 1. D. 15. 1.

242) L. 69. §. 9. D. 23. 3.

243) Vgl. Ulp. fr. 11. §. 21. mit L. 19. §. 1. D. 15. 1. L. 45. §. 1. D. 29. 2. L. un. §. 9. C. 5. 13.

244) L. 7. pr. D. 24. 3. L. 51. pr. D. familiae herciscundae. (10. 2.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 209. Note 14.

245) L. 77. D. 23. 3.

246) L. 9. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 24. D. rer. amot. (25. 2.)

247) L. 11. C. 5. 12.

die Publiciana in rem actio zu brauchen[248]), sondern er kann auch die Außenstände, die zum Heurathsgute gehören, einklagen, zu welchem Zwecke ihm, wie dem Käufer eines nomen, eine utilis actio zugestanden wird[249]). Im Falle des Diebstahls und der widerrechtlichen Beschädigung werden dem Manne die Diebstahlsklagen und die actio legis Aquiliae zugestanden[250]). Ferner kann weder die Frau, noch der, an welchen das Heurathsgut nach getrennter Ehe zurückfallen wird, während der Dauer der Ehe gegen den Willen des Ehemannes über Dotalstücken verfügen[251]). Wenn aber dieser bei der Verwaltung der Dotalsachen Geld aufwendet, so kann er den Ersatz dieser Auslagen von der Frau verlangen. Sind diese Gelder mit Bewilligung der Frau vom Manne aufgewendet worden, so hat der Mann die mandati actio gegen die Frau; falls aber eine solche Bewilligung überall nicht vorliegt, so steht dem Ehemanne zur Erlangung des Schadenersatzes die negotiorum gestorum actio zu[252]). 3) Das Recht, die Dotalstücken zu veräußern. In Betreff der beweglichen Sachen sagen dies viele Gesetzstellen[253]). Deshalb kann der Ehemann auch Dotalsclaven allein giltig freilassen, selbst gegen den erklärten Willen der Ehefrau[254]), freilich nur unter der Voraussetzung, daß er zahlungsfähig ist[255]). Es muß sich dieses Veräußerungsrecht in früheren Zeiten wohl auch auf unbewegliche Sachen bezogen haben, da ja sonst das Verbot der lex Iulia de adulteriis keinen Sinn haben würde. Durch dieses Gesetz[256]) ist nämlich die Veräußerung eines Dotalgrundstückes dem Ehemanne verboten worden, wenn die Frau nicht einwilligt[257]); die Verpfändung desselben aber selbst dann, wenn die Ehefrau einwilligt[258]). Justinian verbot indeß ganz allgemein die Veräußerung des Dotalgrundstückes auch dann, wenn die Ehefrau eingewilligt[259]). Unter den Juristen der ersten Jahrhunderte nach Christus war es streitig, ob sich dieses Verbot nur auf italische Grundstücke, oder auch auf Provincialgrundstücke beziehe[260]). Im

---

248) §. 4. J. de actionibus. (4. 6.) L. 3. §. 1. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.)

249) L. 2. C. de obligat. et actionibus. (4. 10.)

250) L. 49. D. de furtis. (47. 2.) L. 18. §. 1. D. 24. 3.

251) L. 22 u. 23. C. 5. 12.

252) L. 64. D. 24. 3. L. un. §. 5. C. 5. 13. Vgl. Tigerström, Dotalrecht Th. 1. S. 221—224.

253) L. 42. D. 23. 3. L. 61. §. 1. D. ibid. L. 27. D. ibid.

254) L. 61. D. 24. 3. L. 3. §. 2. D. de suis ac legitimis heredibus. (38. 16.) L. 3. C. 5. 12. L. 7. C. 7. 8.

255) L. 21. D. de manumissionibus. (40. 1.) L. 1. C. 7. 8.

256) Pauli S. Rec. II. 21. §. 2.

257) Pauli S. Rec. II. 21. §. 2. pr. J. quibus alienare non licet. (2. 8.) L. un. §. 15. C. 5. 13.

258) Pr. J. 2. 8. Theoph. inst. II. 8. pr. ed. Reitz tom. I. p. 307 u. 308. Dahin gehört auch der ziemlich allgemeine Ausspruch in L. 4. D. 23. 5.

259) L. un. §. 15. C. 5. 13. pr. J. 2. 8. ibique Theoph.

260) Caius inst. II. §. 65.

späteren Rechte hat man die Beschränkung des Verbotes auf italische Grundstücke allgemein anerkannt[261]), bis endlich Kaiser Justinian dasselbe auch auf Provincialgrundstücke ausdehnte[262]). Der Kunstausdruck, welchen das Gesetz brauchte, war dotale praedium[263]). Man hat sich darunter Landgrundstücke und Gebäude gedacht[264]), ihn von ganzen Grundstücken und von intellectuellen Theilen derselben verstanden[265]) und auch auf taxirte Dotalgrundstucke bezogen, inwiefern sich die Frau die Wahl derselben bei der Rückgabe des Heurathsgutes vorbehalten hat[266]). Das Wort Veräußerung (alienatio) bezog man durch Interpretation auch auf die Entäußerung der dem Dotalgrundstücke geschuldeten Dienstbarkeiten und auf das Verbot, neue Servituten demselben aufzulegen[267]), und nach einer Constitution Justinians muß das Verbot der Veräußerung wohl auch auf die Bestellung einer Emphyteuse bezogen werden[268]). Daß man unter Veräußerung auch das Zulassen der Verjährung verstand, leidet keinen Zweifel[269]). Selbst das Recht, auf Theilung zu provociren, wird dem Manne im Falle des Miteigenthums durch eine Constitution Gordians abgesprochen[270]). Was die Person des Veräußernden betrifft, so sprach die lex Iulia den Quellenzeugnissen[271]) zu Folge nur vom Ehemanne, da nur dieser der Eigenthümer des Heurathsgutes ist. Durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten ist indeß das Verbot auch auf den Bräutigam ausgedehnt worden[272]). Dieses Verbot dauert so lange fort, als das Dotalgrundstück in den Händen des Mannes bleibt, selbst nach der Trennung der Ehe[273]); denn es wird als allgemeine Regel angenommen, daß das Verbot der lex Iulia so lange in Wirkung bleibe, als der Frau wegen des Dotalgrundstückes die dotis actio zusteht oder zustehen kann[274]). Jedenfalls ist aber die Regel auch von den Erben der Frau zu verstehen, da auch diesen nach dem neueren Rechte die der Frau zustehenden Rechtsmittel zu Gute kommen[275]). Ist das Verbot des Gesetzes

---

261) Pr. J. 2. 8. ibique Theoph. L. un. §. 15. C. 5. 13.
262) L. un. §. 15. C. 5. 13. pr. J. 2. 8. ibique Theoph. tom. I. p. 308.
263) Pauli S. Rec. II. 21. §. 2. L. 13. pr. u. §. 1. D. 23. 5.
264) L. 13. pr. D. 23. 5.
265) L. 13. §. 1. D. 23. 5. L. 18. §. 2. D. 49. 17. L. 2. C. de fundo dotali. (5. 23.)
266) L. 1. pr. C. 5. 23. L. 11. D. 23. 5.
267) L. 3. §. 5. D. de rebus eorum, qui sub tutel. (27. 9.) L. 5. D. 23. 5.
268) L. 7. C. de rebus alienis non alienandis. (4. 51.)
269) L. 16. D. 23. 5. L. 28. D. 50. 16.
270) L. 2. C. 5. 23. Vgl. L. 18. §. 2. D. 49. 17.
271) L. un. §. 15. C. 5. 13. pr. J. 2. 8. ibique Theoph. Vgl. Pauli S. Rec. II. 21. §. 2. L. 4. D. 23. 5.
272) L. 4. D. 23. 5. L. 5. C. de bonis, quae liberis. (6. 61.) Es erstreckt sich aber auch auf die Erben des Mannes und Alle, an welche dessen Güter kommen. L. 1. §. 1. D. 23. 5. L. 2. §. 1. D. ibid. L. 2. pr. D. ibid.
273) L. 12. pr. D. 23. 5.
274) L. 3. §. 1. D. 23. 5.
275) L. 13. §. 3. D. 23. 5.

übertreten worden, so gilt die Veräußerung des Dotalgrundstückes für null und nichtig [276]), und es steht der Ehefrau frei, selbst ohne Erstattung des Kaufpreises, das veräußerte Grundstück von jedem Besitzer zu vindiciren[277]). In folgenden Fällen leidet das Verbot der lex Iulia keine Anwendung: a) wenn die vom Ehemanne vorgenommene Veräußerung des Dotalgrundstücks durch einen später hinzutretenden Umstand bestätigt wird[278]). Dieß ist der Fall, wenn der Mann nach dem Tode der Frau das ganze Heurathsgut definitiv behält, oder wenn die Dotalqualität des Grundstücks ungewiß war und es sich erst durch einen späteren Umstand herausstellt, daß sie gar nicht vorhanden ist[279]). Der letztere Fall tritt namentlich dann ein, wenn der Ehemann alternativ der Frau das eine oder das andere Grundstück schuldet und diese Obligation von derselben zur dos empfängt. Hier kann er, da er das Wahlrecht hat, offenbar das Eine giltig veräußern, das Andere nicht; und gleichwohl auch das letzte, nachdem er das zuerst verkaufte wieder an sich gebracht. b) Wenn das Dotalgrundstück taxirt hingegeben wird und die Frau bei der Hingabe sich nicht die Wahl zwischen dem Grundstücke und der Taxe desselben vorbehält[280]). c) Wenn die Veräußerung des Grundstücks eine Folge rechtlicher Nothwendigkeit ist. Dahin gehört die Veräußerung, welche durch das zweite Decret in der in bona missio damni infecti nomine hervorgebracht wird[281]), und die, welche in Folge der vom Miteigenthümer des Grundstücks an den Ehemann gerichteten Provocation zur Theilung eintritt[282]). Teutsche Practiker rechnen hierher noch folgende Fälle: α) wenn die Veräußerung wegen dringender Schulden der Frau geschieht[283]). β) Wenn die Frau ihre Einwilligung zur Veräußerung mit einem Eide bekräftigt hat[284]). γ) Wenn die Veräußerung mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen ist[285]). Es versteht sich aber von selbst, daß das Verbot auf solche Fälle keine Anwendung leidet, in welchen der Grund der Veräußerung bereits eingetreten war, ehe das Grundstück die Dotalqualität annahm. Diese Bemerkung gilt von Grundstücken, welche vor der Bestellung des Heurathsgutes von Dritten besessen und während der Dauer der Ehe von ihnen verjährt werden[286]), und von Veräußerungen, welche

---

276) L. 42. D. de usurpat. et usucap. (41. 3.) L. un. §. 15. C. 5. 13.
277) L. 3. C. de rei vindic. (3. 32.)
278) L. 42. D. 41. 3. L. 17. D. 23. 5.
279) L. 9. §. 3. D. 23. 5. L. 10. pr. D. ibid. Vgl. Glück a. a. O. Th. 45. S. 395—397.
280) L. 11. D. 23. 5. L. 1. C. 5. 23. L. un. §. 15. C. 5. 13.
281) L. 1. pr. D. 23. 5.
282) L. 78. §. 4. D. 23. 5. L. 2. C. 5. 23.
283) Leyser medit. ad Pand. Vol. V. spec. 311. medit. 13. u. 14. Glück a. a. O. Th. 25. S. 405. Aus L. ult. D. 23. 5. läßt sich diese Annahme nicht rechtfertigen.
284) C. 28. X. de iureiurando. (2. 24.)
285) Claproth, theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 180. Struvius Syntagma iur. civ. exerc. XXX. th. 22.
286) L. 16. D. 23. 5.

in Folge bereits früher bestellter Hypotheken vorgenommen werden. 4) Das Recht, fremde Sachen, welche den Gegenstand des Heurathsgutes ausmachen, durch Verjährung zu erwerben. Da der Ehemann nämlich Eigenthümer der einzelnen Dotalsachen geworden sein würde, wenn alle übrigen Bedingungen der Eigenthumsübertragung vorhanden gewesen wären, so wird er durch die Uebertragung solcher Sachen wenigstens in den Stand gesetzt, das Eigenthum derselben durch Verjährung zu erlangen, natürlich unter der Voraussetzung, daß alle übrigen Erfordernisse der Verjährung zutreffen [286a]). Die Uebergabe in Folge der Bestellung des Heurathsgutes gilt als ein durch das Recht anerkannter Ersitzungsgrund [287]), welcher indeß, falls er dem Manne Eigenthum verschafft, dieß nur unter den Beschränkungen wirken kann, welche ihn als Eigenthümer der Dotalsachen treffen [288]). Der Ersitzungsgrund heißt titulus pro dote. Zum Vorhandensein desselben gehören folgende Erfordernisse: a) Es muß eine Ehe vorliegen. Empfing der Bräutigam vor dem Abschlusse der Ehe die Dotalsachen, so tritt der titulus pro suo ein [289]). Dasselbe gilt auch dann, wenn die nachfolgende Ehe aus irgend einem Grunde ungiltig wird [290]). b) Es muß das übergebene Dotalstück nicht taxirt sein. Bei der ästimirten dos tritt nämlich der titulus pro emtore ein, und selbst dann erst nach vollzogener Ehe, da vorher nicht einmal der titulus pro suo Platz ergreifen kann [291]). c) Es müssen die Erfordernisse einer dos wirklich vorliegen [292]). — Uebrigens ist es gleichgiltig, ob der titulus pro dote auf Einzelsachen oder auf solche Sachen angewendet wird, welche aus mehreren Einzelsachen bestehen und nur als Ganzes gedacht werden [293]). Nach der Meinung von Cujacius [294]), welche sich theils auf die Betrachtung des Inhaltes der lex Iulia de fundo dotali und auf L. un. C. pro dote (7. 28.) stützt, soll sich der titulus pro dote nur auf bewegliche Sachen beschränken. Allein zu dieser Beschränkung ist wenigstens in den Justinianischen Rechts-

---

286a) Caius inst. II. §. 63. Dig. pro dote. (41. 9.) Cod. de usucapione pro dote. (7. 28.) Vgl. §. 40. J. de rerum divisione. (2. 1.)

287) L. 1. pr. D. 41. 9. Titulus est usucapionis et quidem iustissimus, qui appellatur pro dote, ut, qui rem in dotem accipiat, usucapere possit spatio solemni, quo solent, qui pro tempore usucapiunt. Daher usucapio pro dote in Cod. Iust. 7. 28. L. 3. §. 1. D. de Publiciana in rem actione. (6. 2.) §. 40. J. 2. 1. L. 47. §. 6. D. de peculio. (15. 1.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 303.

288) Caius inst. II. §. 63.

289) L. 1. §. 2. D. 41. 9.

290) L. 67. D. 23. 3. L. 1. §. 3 u. 4. D. 41. 9. Vgl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre §. 112. Bd. 1. S. 390.

291) Fragm. Vat. §. 111. L. 2. D. 41. 9.

292) L. 1. §. 4. D. 41. 9. L. 27. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.)

293) L. 1. §. 1. D. 41. 9.

294) Observ. et emend. lib. 14. cap. 4. u. rec. solennes in Cod. VII. 28. Opp. (ed. Neapolit.) tom. IX. p. 999.

quellen kein Grund vorhanden, wenn schon es an und für sich sonderbar ist, daß die Beispiele, welche zur Erläuterung der usucapio pro dote in den römischen Rechtsquellen beigebracht werden, alle den beweglichen Sachen entnommen sind[295]).

Neben den Rechten, welche der Mann an den Dotalstücken hat, sind auch die Verpflichtungen desselben zu erwähnen. Es sind folgende: 1) der Mann ist wegen seiner Culpa verantwortlich, wenn er nicht die gehörige Sorgfalt auf die dos verwendet. Natürlich kann von der Prästation der Culpa nur bei nicht taxirten Dotalstücken die Rede sein, da bei den taxirten der Ehemann als Käufer derselben erscheint und nicht sowohl die Einzelstücken, als vielmehr die Taxe zu restituiren hat[296]). Auch sind alle vertretbaren Sachen, welche einen Bestandtheil des gegebenen Heurathsgutes ausmachen, ohne Rücksicht auf die Culpa des Ehemannes zu restituiren, da sie ihrem Wesen nach nicht als Individuen, sondern als Gattungsbegriffe restituirt werden[297]). Ueberhaupt kann von einer Prästation der Culpa von Seiten des Mannes nur in Bezug auf die Rückgabe der Dotalsachen an die Frau oder deren Erben die Rede sein[298]). Fragt man, welchen Grad der Culpa der Mann zu prästiren hat, so antwortet man am richtigsten, daß derselbe zur Anwendung der diligentia, quam suis rebus adhibet, d. h. des Fleißes, den er selbst auf seine eignen Sachen verwendet, verpflichtet sei[299]), und daß er nach dem Sprachgebrauche unserer Quellen in Bezug auf die Dotalobjecte für dolus und culpa einzustehen habe, weil in der Bestellung und Verwaltung des Heurathsgutes vom Nutzen beider Ehegatten die Rede ist[300]). Und diese Regeln sind so fest im Wesen der Sache begründet, daß der Mann nicht einmal durch einen Vertrag mit der Ehefrau von der Verpflichtung, für culpa levis einzustehen, befreit werden kann[301]). Bemerkenswerth ist der Umstand, daß die Culpa des Mannes nach diesem Grade der diligentia nicht allein zu beurtheilen ist, wenn sie im Unterlassen, sondern auch wenn sie im positiven Thun besteht[302]); daß es ihm ferner auch als Culpa angerechnet wird, wenn er den Besteller des Heurathsgutes nicht zur gehörigen Zeit aus seinem Versprechen in Anspruch genommen hat[303]); und daß endlich selbst der Vater des Mannes in den Fällen, wo er zur Restitution des Heurathsgutes verpflichtet ist,

---

295) Vgl. Fr. Vat. §. 111. L. 3. D. 41. 9. L. un. C. 7. 28.
296) L. 66. D. soluto matrimonio. (24. 3.) Vat. fr. §. 101.
297) L. 66. D. 24. 3.
298) L. 24. §. 5. D. 24. 3.
299) L. 17. pr. D. 23. 3. L. 24. §. 5. D. 24. 3. L. 23. D. de R. I. (50. 17.)
300) L. 5. §. 2. D. commodati. (13.6.) L. 17. pr. D. 23. 3. L. 72. §. 1. D. ibid. L. 18. §. 1. D. 24. 3. L. 24. §. 3. D. ibid. L. 66. pr. D. ibid. L. 67. D. ibid. L. 23. D. 50. 17.
301) L. 6. D. 23. 4. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 334.
302) Von der culpa in non faciendo spricht L. 67. D. 24. 3. L. 49. pr. D. ibid.; von der culpa in faciendo L. 24. §. 5. D. 24. 3.
303) L. 30. §. 1. D. 24. 3.

nach gleichen Regeln beurtheilt wird[304]). 2) Der Mann muß in bestimmten Fällen die Gefahr (periculum) der Dotalsachen tragen und den Schaden, welchen die Frau durch deren Verschlechterung oder Vernichtung erleidet, vergüten[305]). Taxirte Dotalsachen stehen alle auf die Gefahr des Ehemannes, da dieser als Käufer derselben erscheint und in jedem Falle den Taxwerth zu ersetzen hat[306]). Dabei ist es gleichgiltig, ob die abgeschätzte Sache ein Grundstück oder eine andere Sache ist[307]); auch kommt nichts darauf an, ob die Sache der Frau zum Gebrauche hingegeben worden oder nicht[308]). Bei vertretbaren Sachen, welche zum Heurathsgute gehören, treten dieselben Grundsätze bezüglich des Periculum vom Augenblicke der Uebergabe an ein[309]). Bei anderen, nicht taxirten Dotalsachen trägt die Frau gewöhnlich die Gefahr[310]), und der Mann ist in der Regel zu nichts, als zur Prästation des dolus, der culpa und der diligentia, quam suis rebus adhibet verpflichtet[311]). Mithin trifft der zufällige Schaden und die durch Handlungen Dritter, für welche der Ehemann nicht einzustehen hat, verursachte Verminderung der Dotalsachen die Ehefrau, nicht den Ehemann. — Eine besondere Erörterung verdient schon hier die Frage, wie es mit außenstehenden Forderungen, welche zur dos gegeben werden (nomina in dotem data), zu halten sei[312]). Es sind hier zwei Fälle genau von einander zu scheiden, nämlich die Uebertragung der Forderung durch Delegation und durch Cession. Im ersten Falle würde nach allgemeinen Regeln das Periculum sofort auf den Mann übergehen, sobald als er den delegirten Schuldner angenommen hat, weil vorausgesetzt wird, daß er durch diese Annahme ihn als eigenen Schuldner anerkannt hat[313]). Eine solche Annahme versteht sich aber

---

304) L. 72. §. 1. D. 23. 3.

305) Ueber die Bedeutung von periculum vergl. Hasse, von der Culpa S. 556 und Wächter, über die Frage: wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? im Archiv für civilistische Praxis Th. 15. S. 105—115.

306) L. 10. §. 4 u. 5. D. 23. 3. L. 10. C. 5. 12. L. 5. §. 3. D. 13. 6. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 15. S. 558—560.

307) L. 10. pr. u. §. 1. D. 23. 3.

308) L. 10. pr. D. 23. 3. L. 51. D. 24. 3. Diese Stellen sind auch deshalb interessant, weil sie die Gleichheit des periculum interitus und deteriorationis in rechtlicher Beziehung erweisen.

309) L. 42. D. 23. 3.

310) Vat. fr. §. 101. L. 10. pr. u. §. 1. D. 23. 3.

311) L. 17. pr. D. 23. 3. L. 24. §. 5. D. 24. 3. Vgl. Hasse a. a. O. S. 561—564.

312) Diese Frage ist ausführlich behandelt von Hasse von der Culpa S. 570—600. Glück, Erläuter. der Pand. Th. 25. S. 33—39. v. Meyerfeld, über die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene dos oder in dotem gegebene Forderung, im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 7. S. 90—135. Fuhr, wer trägt bei der promissio dotis das Periculum? in dessen und Hoffmann's civilistischen Versuchen 1. Heft, S. 37—61.

313) Nomen debitoris delegati sequi maluisse videtur. L. 26. §. 2. D.

von selbst, wenn nichts Besonderes ausgemacht ist. Ist aber die Annahme unter der Bedingung erfolgt, daß der Delegant das Periculum übernehme, so geht die Gefahr der Forderung nicht auf den Ehemann über[314]). Dieß nach allgemeinen Grundsätzen von der Delegation, deren Anwendung auf die dos in den römischen Rechtsquellen ausdrücklich anerkannt wird[315]). Eine Ausnahme findet statt, falls der Gegenstand der delegirten Obligation eine species ist[316]). Hier trägt nämlich auch nach der geschehenen Delegation die Frau ferner die Gefahr, selbst wenn der Ehemann sich des Verzugs in der Einklagung der Obligation schuldig gemacht hat, wofern es nur sonst gewiß ist, daß der zufällige Schaden, welchen die species erleidet, dieselbe auch betroffen haben würde, wenn sie im Gewahrsam des Mannes sich befunden hätte. — Im Falle der Uebertragung des nomen durch Cession prästirt der Ehemann dolus und culpa in Bezug auf die Einforderung[317]). Als Culpa ist es aber jedenfalls zu betrachten, wenn er mit der Einhebung ungebührlich zögert[318]), einen Fehler im Prozesse begeht, wodurch er denselben verliert[319]), oder gegen ein ungerechtes Urtheil nicht appellirt[320]). Wird das Nomen richtig bezahlt, so nimmt das Gezahlte die Dotalqualität an und wird, falls es in baarem Gelde besteht, nach den Grundsätzen, welche von den zur dos gegebenen vertretbaren Sachen gelten, beurtheilt[321]). Auch durch nachfolgende Umstände kann das periculum nominis dem Ehemanne bei der Cession zur Last fallen. Dahin gehören folgende Fälle: a) wenn er dem Schuldner der Frau durch Acceptilation oder sonst quittirt hat[322]). Dieß wird so behandelt, als ob die Zahlung wirklich erfolgt wäre. b) Wenn er den Schuldner unter Fortdauer des Schuldverhältnisses durch irgend eine Handlung als eignen Schuldner anerkennt (si fidem eius sequitur oder si nomen sequitur)[323]). Dieß geschieht durch Zinsennehmen[324]) und durch Eingehung einer neuen Stipulation in der Absicht, um die alte Verbindlichkeit zu vernichten[325]). — Verwandt mit den erörterten Grundsätzen ist die Frage, ob der Ehemann das periculum der Obligation, welche aus dem Versprechen, ein Heurathsgut zu bestellen, zu

---

mandati. (17. 1.) L. 68. §. 1. D. de evictionibus. (21. 2.) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 7. S. 123.

314) L. 45. §. 7. D. 17. 1.

315) L. 46. pr. D. 23. 3. L. 53. D. ibid. L. 41. §. 3. D. ibid. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 7. S. 126—135.

316) L. 56. pr. D. 23. 3. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 7. S. 122 bis 123.

317) L. 49. pr. D. 24. 3.

318) L. 56. pr. D. 23. 3.

319) L. 71. §. 3. D. 35. 1.

320) L. 63. §. 1 u. 2. D. 21. 2.

321) L. 48. §. 1. D. 23. 3.

322) L. 49. D. 23. 3. L. 66. §. 6. D. 24. 3.

323) L. 35. D. 23. 3. L. 71. D. ibid.

324) L. 71. D. 23. 3. L. 10. §. 10. D. de his, quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

325) L. 35. D. 23. 3.

seinem Gunsten entsteht, zu tragen habe? Um hier eine richtige Grundlage zur Beantwortung der Frage zu gewinnen, ist es nöthig, sich daran zu erinnern, daß die versprochene, wenn gleich noch nicht ausgezahlte dos bereits angefangen hat als dos zu existiren. Nur kann nicht das versprochene Object als Gegenstand des Heurathsgutes gelten, sondern es muß vielmehr die aus dem Versprechen herrührende Obligation als Dotalsache behandelt werden[326]). In Bezug auf diese kann aber dem Manne natürlich nicht mehr zur Last fallen, als bei anderen Dotalsachen. Er braucht mithin auch hier nur für dolus und culpa und diligentia, quam suis rebus adhibet, einzustehen[327]). Eine Ausnahme erleiden diese Grundsätze in folgenden Fällen: a) wenn der Schwiegervater oder wer sonst die Rechtswohlthat der Competenz genießt, vom Ehemanne aus dem Versprechen nicht sogleich verklagt worden ist und dann verarmt, so darf dieß dem Manne nicht zur Last gelegt werden[328]); er müßte denn die Schuld quittirt, oder novandi animo stipulirt haben[329]). Diese Ausnahme ist indeß nicht auf die Erben des Schwiegervaters zu erstrecken[330]). b) Wenn die Person, welche das Heurathsgut versprochen hat, identisch ist mit der, welcher die dotis actio zusteht, so fällt jede Verantwortlichkeit von Seiten des Ehemannes hinweg[331]). Doch kann die Klage noch auf solenne Quittung (acceptilatio) gerichtet werden[332]). Allein auch die Klage des Mannes ex stipulatu auf Einzahlung der dos fällt weg, sobald die dotis actio eintritt, und dem Constituenten wird zu diesem Zwecke die exceptio doli mali gestattet[333]). c) Der Mann muß der Frau, im Fall dieselbe es verlangt, versprechen, das Heurathsgut zur gehörigen Zeit zurückzugeben. Im älteren Rechte konnte die Frau zur größeren Sicherheit des Versprechens Bürgen oder Mandatoren verlangen. Doch ist dieß später theils durch eine Constitution der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius[334]), theils durch ein Gesetz Kaiser Justinians[335]) ausdrücklich verboten worden. Solche Bürgen heißen im früheren Rechte fideiussores servandae dotis causa. Wahrscheinlich hängt mit der Verpflichtung des Ehemannes, Caution zu leisten, die in bona missio dotis servandae nomine zusammen, welche in den Justinianischen Rechtsquellen zwar erwähnt

---

326) L. 44. §. 1. D. 24. 3. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 1. S. 90—95.

327) L. 31. §. 1. D. 24. 3. L. 33. D. 23. 3. L. 49. D. ibid.

328) L. 33. D. 23. 3.

329) L. 35. D. 23. 3. L. 66. §. 6. D. 24. 3.

330) L. 20. §. 2. D. 23. 4. L. 11. D. ibid. L. 44. §. 1. D. 24. 3. Vgl. Meyerfeld a. a. Th. 7. S. 109.

331) L. 41. §. 4. D. 23. 3. L. 66. §. 7. D. 24. 3. Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa S. 260.

332) L. 41. §. 4. D. 23. 3. L. 38. §. 1. D. de peculio. (15. 1.)

333) L. 38. §. 1. D. 15. 1.

334) L. 1. C. ne fideiussores vel mandatores. (5. 20.) L. un. Theod. C. de fideiuss. dotium.

335) L. 2. C. 5. 20.

wird, aber in einem Zusammenhange, welcher ihr Wesen und ihren Ursprung keineswegs erklärt[336]). d) Der Mann ist zur Restitution des Heurathsgutes gewöhnlich erst nach getrennter Ehe verpflichtet. Diese Verpflichtung liegt eigentlich nicht im Wesen des Verhältnisses und ist erst sehr spät hinzugetreten. Der Sage nach kam sie erst dann zur Sprache, seitdem die Ehescheidungen nach dem Beispiele des Sp. Carvilius Ruga aufgekommen waren[337]); und wenn auch im späteren Rechte die dotis actio genau mit dem Begriffe dos verbunden erscheint[338]), so muß man sich doch hüten, diese Verbindung als eine Folgerung aus dem Begriffe dos zu denken. Erst durch diese Bemerkung wird es deutlich, wie man dazu kam, die Regel: dotis causa perpetua est, auch nachdem die Verpflichtung des Ehemannes zur Restitution des Heurathsgutes aufgekommen war, beizubehalten und durch die Einwirkung derselben auf die letztere die Grenzen der Restitutionspflicht zu bestimmen. Es erscheint als eine nothwendige Folge dieser Einwirkung: a) daß das Heurathsgut erst nach getrennter Ehe restituirt werden muß[339]); b) daß man die Fiction der getrennten Ehe zu Hilfe nimmt, um die nur ausnahmsweise eintretende Rückgabe der dos während der Dauer der Ehe zu erklären[340]); c) daß man es als Schenkung betrachtet, wenn der Mann während der Ehe das Heurathsgut der Frau ohne einen genügenden Grund ausantwortet[341]); d) daß es dem Wesen des Heurathsgutes keinen Eintrag thut, wenn die dos nach Auflösung der Ehe in gewissen Fällen ganz dem Manne verbleibt[342]).

Um das Detail der Regeln, nach welchen die Restitution des Heurathsgutes geschieht, kennen zu lernen, ist es durchaus nöthig, das sogenannte classische Recht, d. h. das, welches zur Zeit der Pandectenjuristen galt, hauptsächlich zu berücksichtigen. Fragen wir zunächst, in welchen Fällen die Verpflichtung, das Heurathsgut zu restituiren, dem Manne obliegt, so lassen sich dieselben auf zwei Hauptclassen zurückführen: auf die Trennung der Ehe durch den Tod und durch die Scheidung[343]). Nach Analogie dieser Hauptfälle werden die übrigen Gründe, welche die Trennung der Ehe herbeiführen können, behandelt. Sehen wir zuvörderst auf die Fälle des bürgerlichen Todes, welcher durch Sclaverei, Deportation, aquae et igni interdictio und Gefangenschaft des einen oder anderen Ehegatten herbeigeführt werden kann.

---

336) L. 26. §. 1. D. 50. 1. L. 15. §. 4. D. 44. 3.

337) Gellius noct. Att. 4. 3. beruft sich auf das Zeugniß des Servius Sulpicius in seinem Buche de dotibus.

338) L. 39. §. 1. D. 23. 3. L. 7. D. de ritu nuptiarum. (23. 3.)

339) L. 84. D. 23. 3. L. 2. D. 24. 3. L. 1. C. 5. 18.

340) L. 29. C. 5. 12.

341) L. un. C. 5. 19. Nov. 22. c. 39. Vgl. Francke im Archiv für civilistische Praxis Bd. 18. S. 8—10.

342) Ulp. fr. 6. §. 4 u. 5. L. 5. D. de divortiis. (24. 2.) etc.

343) Diese beiden Gründe erkennen auch L. 240. D. 50. 16. L. 22. D. 24. 3. L. 7. §. 4. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) L. 4. C. 4. 19. an. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 4.

Wird die Ehe durch die poenae servitus der Frau gelöst, so wird dieß so behandelt, als wenn sie gestorben wäre, wofern das Strafgesetz, nach welchem sie verurtheilt worden ist, das Heurathsgut nicht der Staatscasse zuspricht[344]). Auch wenn einer von den Ehegatten Sclave eines Privatmannes wird, wird dieß so angesehen, als wenn er gestorben wäre[345]). Mithin erhält der andere Ehegatte das zurück, was ihm aus dem Vermögen des Anderen auf den Todesfall restituirt werden muß; nur der auf den Todesfall stipulirte Gewinn (lucrum ex casu mortis) fällt den Kindern aus der Ehe zu[346]). Die Verurtheilung zu Bergwerksarbeiten (in metallum condemnatio), welche für die Freigebornen keine Servitut noch Justinians Verordnung wirkt[347]), läßt auch die Ehe noch in ihrer alten Form bestehen und ist mithin auf das Schicksal des Heurathsgutes ohne Einfluß. Auch die Deportation, welche früherhin den bürgerlichen Tod zur Folge hatte[348]), wirkt seit einer Constitution Constantins nicht mehr wie der natürliche Tod auf die Schenkungen unter Ehegatten und auf die Trennung der Ehe ein[349]). Da indeß dieselbe, selbst nach Justinianischem Rechte, den Verlust des Bürgerrechtes herbeiführt und ein Heurathsgut nur unter Ehegatten, welche in einer civilrechtlichen Ehe leben, gedacht werden kann, so ist es klar, daß es nur eine besondere Begünstigung ist, wenn die römischen Juristen und Kaiser auch im Falle der Deportation eine dotis exactio zulassen[350]). Ein Gleiches gilt wohl aber auch von der aquae et ignis interdictio, welche im Justinianischen Rechte ganz von der Deportation vertreten wird[351]). Endlich ist nicht zu bezweifeln, daß die Gefangenschaft des Ehegatten, welche nach classischem Rechte die Ehe für immer auflöst[352]), gleichwohl nach einer milderen von Justinian[353]) anerkannten Ansicht das eheliche Verhältniß so lange fortbestehen läßt, bis der Gefangene stirbt. In Rücksicht der Frau wurde schon zeitig angenommen, daß sie sich nicht leicht wieder verheurathen dürfe[354]), und wenn sie dagegen handelte, trafen sie die Strafen der verschuldeten Scheidung[355]). War es aber ungewiß, ob der Gefangene

---

344) L. 5. pr. D. de bonis damnatorum. (48. 20.) Nov. 22. c. 9.

345) L. 32. §. 6. D. 24. 1. L. 56. D. 24. 3. L. 24. C. de donationibus inter virum et uxorem. (5. 16.) Nov. 22. c. 9.

346) Nov. 22. c. 9.

347) Nov. 22. c. 8.

348) L. 1. §. 8. D. de bonorum possessione contra tabulas. (37. 4.) L. 56. D. 24. 1. §. 1. J. quibus modis patria. (1. 12.)

349) L. 24. C. 5. 16. Dieß bestätigt auch Kaiser Justinian in Nov. 22. cap. 13.

350) L. 5. §. 1. D. 48. 20. L. 1. C. de repudiis. (5. 17.)

351) L. 3. D. ad legem Iuliam peculatus. (48.13.) Iust. Nov. 22. c. 13.

352) L. 1. D. 24. 2. L. 12 §. 4. D. de captivis et postliminio reversis. (49. 14) L. 8. D. ibid. L. 14. §. 1. D. ibid.

353) Nov. 22. c. 7. Dagegen machen L. 10. pr. D. 24. 3. L. 5. C. 5. 18. nur in Bezug auf die Restitution der dos diese Ansicht geltend.

354) L. 6. init. D. 24. 2.

355) L. 8. D. 49. 4. L. 6. D. 24. 2. Nov. 22. c. 7.

noch lebe, und blieb dieß auch fünf Jahre lang vom Anfang der Gefangenschaft an gerechnet ungewiß, so konnte die zurückgebliebene Frau sich ohne Nachtheil wieder verheurathen, da ihr die Fiction zu Gute kommt, als sei die Ehe bona gratia aufgehoben worden[356]).

Was die Auflösung der Ehe durch Scheidung, welche zur Zeit der Pandectenjuristen bekanntlich jedem Theile gleichmäßig frei stand[357]), betrifft, so muß man wohl unterscheiden zwischen solchen Scheidungen, welche aus erlaubten und unerlaubten Gründen erfolgen. Im ersten Falle erhält jeder von den Ehegatten Alles, was er der Ehe halber von seinem Vermögen hingegeben hat, zurück[358]). Als erlaubte Gründe galten im classischen Rechte Priesterstellen, Unfruchtbarkeit, hohes Alter, Krankheit und Soldatenstand[359]), und gewissermaßen auch die gegenseitige Einwilligung der Ehegatten zur Trennung[360]). An diesen Rechtssätzen, welche zur Zeit der Abfassung des Justinianischen Codex und der Pandecten noch galten, ist indeß durch die Novellengesetzgebung mancherlei geändert worden. In Nov. 22. Cap. 4 und 5. wird die Auflösung der Ehe aus gegenseitiger Einwilligung vom divortium bona gratia, welches nur auf die einseitige Scheidung aus erlaubten Scheidungsgründen bezogen wird[361]), ausdrücklich geschieden, und zugleich bestimmt, daß in Bezug auf das Heurathsgut in diesem Falle nur das Rechtens sein solle, was die Parteien unter sich ausgemacht haben; fernerhin wird das divortium bona gratia nur wegen Erwählung des Klosterlebens, wegen Ablegung des Gelübdes der Keuschheit und der Impotenz von Seiten des Mannes gestattet, doch mit der Beschränkung, daß, im Falle einer von den zwei zuerst genannten Scheidungsgründen eintritt, der im Weltleben verbleibende Ehegatte die Vortheile genießen solle, welche ihm auf den Todesfall des Anderen zugestanden worden sind. Den Fällen des divortium bona gratia wird im angeführten Gesetze[361a]) auch der Fall gleichgestellt, wenn der Ehemann als Soldat zehn Jahre lang im Felde steht und der Frau, ohngeachtet ihres Nachfragens, entweder gar nicht geantwortet oder erklärt hat, daß er nichts mit ihr

---

356) L. 6. D. 24. 2. Nov. 22. cap. 7.

357) L. 2. C. de inutilibus stipulationibus. (8. 39.) L. 14. C. de nuptiis. (5. 4.)

358) Am Deutlichsten erhellt dieß aus L. 6. D. 24. 2. Ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium et unusquisque ius suum habeat imminutum. Für den Fall, wenn einer von beiden Ehegatten in's Kloster geht, bestätigt sich dieses Resultat durch L. 53. §. 2. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) L. 56. pr. C. ibid., freilich mit der Beschränkung, daß Specialverträge, die auf den Todesfall gestellt sind, auch hier sofort in Wirkung treten. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 40. Note 67.

359) L. 60. §. 1. u. L. 61. D. 24. 1. L. 62. pr. D. ibid.

360) L. 9. C. de repudiis. (5. 17.) Ueber den Wechsel der Gesetzgebung von Constantin bis Justinian vgl. Wächter über Ehescheidungen S. 215 flg. Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechtes Th. 1. S. 569, 570 u. 628, 629. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 43—53.

361) Vgl. Wächter a. a. O. S. 224.

361a) Nov. 22. c. 14. pr. u. §. 1.

zu thun haben wolle; freilich unter der Voraussetzung, daß die Frau davon schriftliche Anzeige an den Regimentscommandanten macht, unter welchem der Mann steht. Endlich werden im angeführten Gesetze[362]) gewisse Scheidungsgründe für andere Fälle und zugleich Strafen für die Scheidung ohne Ursache oder ohne gesetzlich erlaubte Ursache festgesetzt. Noch wichtiger als die oben angeführten Vorschriften der Novelle 22 sind die der 117. Novelle. Zuerst werden im Cap. 10. dieses Gesetzes Ehescheidungen, welche nur in der gegenseitigen Einwilligung der Ehegatten ihren Grund haben, völlig untersagt, außer wenn dieselben das Gelübde der Keuschheit ablegen; in Capitel 12. wird das divortium bona gratia nur wegen Impotenz des Mannes, des Gelübdes der Keuschheit und wegen Gefangenschaft zugelassen, indem zugleich alle anderen, theils von früheren Kaisern, theils von Justinian selbst für diesen Fall bestimmten, Scheidungsgründe für null und nichtig erklärt werden; endlich werden in Cap. 11. bestimmte Scheidungsgründe für andere Fälle und Strafen für den schuldigen[363]) oder grundlos sich scheidenden Ehegatten festgesetzt. — Im Justinianischen Rechte werden für diese Fälle folgende, aus kaiserlichen Constitutionen[364]) herrührende Vermögensstrafen erwähnt. Nach einem Gesetze von Theodosius soll der Mann, welcher sich ohne einen erlaubten Grund von der Frau scheidet, oder eine Handlung begeht, welche die Frau zur Scheidung berechtigt, die dos herausgeben und die ante nuptias donatio verlieren[365]). Ist aber die Frau an der Scheidung schuld, so büßt sie ihr Heurathsgut ein und verliert jeden Anspruch auf die ante nuptias donatio[366]). Der dem schuldigen Ehegatten entzogene Vermögenstheil fällt dem unschuldigen Theile anheim. Sind Kinder aus der getrennten Ehe vorhanden, so fällt der genannte Vermögenstheil, falls die Scheidung ohne gesetzlichen Grund erfolgt, an diese[367]). In einer späteren Verordnung Justinians wird das von Theodosius erlassene Gesetz wiederholt und unter Bestätigung der durch dasselbe festgesetzten Strafen ein Anhang von drei neuen Scheidungs-

---

362) Nov. 22. c. 15 u. 16.

363) Der Begriff der Schuld ist nicht gerade auf die Person dessen zu beziehen, welcher den Scheidebrief schickt, sondern vielmehr auf denjenigen, welcher durch sein Verhalten dem Anderen eine gerechte Ursache zur Trennung gegeben hat. Cic. top. c. 4. L. 38. D. 24. 3. L. 11. §. 13. D. ad legem Iuliam de adulteriis. (48. 5.) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 19.

364) Den Anfang machte Kaiser Constantin in L. 1. Th. C. de repudiis. Vergl. Glück a. a. O. Th. 27. S. 6—37. und Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 111 flg. Daß auch diese Privationsstrafen sich auf die Culpa des Ehegatten, welcher zur Scheidung Veranlassung gegeben hat, gründen, beweisen L. 8. §. 4 u. 5. C. 5. 17. L. 11. §. 1 u. 2. C. ibid. Nov. 117. c. 8. prooem.

365) L. 8. §. 5. C. 5. 17. Vgl. Nov. 22. c. 15.

366) L. 8. §. 4. C. ibid.

367) L. 8. §. 7. C. ibid.

gründen hinzugefügt[368]). In einem späteren Gesetze desselben Kaisers wird, falls die Ehe durch gegenseitige Einwilligung der Ehegatten aufgelöst wurde, die dos und ante nuptias donatio den Kindern aus der getrennten Ehe zugesprochen[369]). Zugleich wurden neue Gründe festgesetzt, welche zur Scheidung berechtigen, und die Strafen der verschuldeten Scheidung dahin abgeändert, a) daß die dos und ante nuptias donatio dem Manne zufallen solle, wenn die Ehefrau auf die Anklage ihres Ehemannes des Ehebruchs schuldig befunden worden ist und keine Kinder aus der getrennten Ehe vorhanden sind. Falls Kinder vorhanden sind, so erhalten diese die Proprietät, der Vater hingegen nur den Nießbrauch des Vermögenstheiles. Zugleich gewinnt die Ehefrau dessen, welcher des Ehebruchs schuldig befunden worden, die ante nuptias donatio und erhält auch ihr Heurathsgut zurück. An Beidem steht ihr das volle Eigenthum zu, wenn sie keine Kinder hat; im gegentheiligen Falle nur der Nießbrauch[370]), während das Eigenthum den Kindern zufällt. Auch in allen übrigen Fällen, in welchen die Frau an der Scheidung schuld ist, erhält der Mann die Brautgabe[371]) zum vollen Eigenthume, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind; im gegentheiligen Falle erhalten diese das Eigenthum und ihr Vater nur den Nießbrauch der Brautgabe. Gleiche Bestimmungen müssen aber nach dem Geiste der früheren Gesetzgebung für die ante nuptias donatio gelten, wenn schon davon gerade das neueste Gesetz, die 117. Novelle, nichts ausdrücklich gesagt hat. b) Daß die dos und die ante nuptias donatio der Ehefrau in allen Fällen, in welchen der Ehemann schuld an der Scheidung ist und eines im Gesetze angeführten Vergehens überführt wird[372]), der Ehefrau zufallen solle. Sind Kinder vorhanden, so erhalten diese das Eigenthum und die Mutter nur den Nießbrauch; sind keine vorhanden, so erhält die Mutter das volle Eigenthum: — Verfügungen, welche auch nicht durch spätere Gesetze Justinians abgeändert worden sind, da Nov. 134. Cap. 10. die Schicksale des Heurathsgutes bei der schuldvollen Scheidung nur kurz berührt[373]) und in einigen Puncten die früheren Verordnungen bestätigt. Diese Ansicht theilt auch der Epitomator der Novellen, Julianus[374]). Daß die genannten Privationsstrafen noch heut zu Tage anwendbar sind, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

Während der Dauer der Ehe ist in der Regel die Restitution des Heurathsgutes weder erlaubt noch geboten, weil der Zweck des Heurathsgu-

---

368) Nov. 22. c. 15 u. 16. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 119—125.

369) Nov. 117. c. 10. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 125 bis 137.

370) Nov. 117. c. 8. §. 2. Vgl. Nov. 134. c. 10.

371) Nov. 117. c. 8. prooem.

372) Nov. 117. c. 9. prooem. §. 4 u. 5.

373) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 130.

374) Freilich haben manche Gelehrte behauptet, die Nov. 134. c. 10. derogire früheren Gesetzen. Vgl. dagegen Glück a. a. O. Th. 27. S. 19—25.

tes auf die ganze Dauer der Ehe gleichmäßig in Betracht kommt[375]) und eine solche vorzeitige Aushändigung als unerlaubte Schenkung erscheint[376]) und den Mann nicht von der Verbindlichkeit befreit, das Heurathsgut nach getrennter Ehe noch einmal zu vergüten[377]), auch endlich die Frau die Restitution desselben während der Dauer der Ehe gar nicht verlangen kann[378]). Von dieser allgemeinen Regel gibt es indeß folgende Ausnahmen: a) Zur Zurückgabe der dos während der Dauer der Ehe kann der Mann von der Frau nur in dem einzigen Falle gezwungen werden, wenn er verarmt[379]). Der Zeitpunct, von welchem an man der Ehefrau dieses Recht zugesteht, ist der, wenn es gewiß wird, daß die Güter des Ehemannes nicht mehr zur Restitution des Heurathsgutes hinreichen. Die Rechtsmittel, welche der Frau zur Erreichung dieses Zweckes zustehen, sind dieselben, wie nach getrennter Ehe[380]). b) Zu folgenden Zwecken steht es dem Manne frei, wenn er will, der Frau auch während der Dauer der Ehe das Heurathsgut auszuantworten[381]): damit sie ihre Schulden bezahle[382]); damit sie ein einträgliches Grundstück kaufe[383]); damit sie sich und ihre dürftigen Verwandten ernähre oder aus feindlicher Gefangenschaft loskaufe (ohne Unterschied, ob es Eltern, oder Brüder oder eigne Kinder aus einer früheren Ehe sind); damit sie ihre relegirten oder exilirten Eltern ernähre, oder ihren Mann in der Dürftigkeit unterstütze. Doch wird in allen diesen Fällen vorausgesetzt, daß die Frau verständig genug sei, um das ihr vom Manne eingehändigte Heurathsgut zu den angegebenen Zwecken

---

375) L. 1. D. 23. 3.

376) L. un. C. 5. 19. Nov. 22. c. 39. Deshalb kann der Ehemann die während der Ehe der Frau gegebenen Dotalsachen nach ihrem Tode von ihren Erben verlangen, mit Einschluß der Früchte, vom Augenblicke der Uebergabe an gerechnet. Vgl. Francke im Archive für civilistische Praxis Bd. 18. S. 8 u. 9.

377) L. 27. §. 1. D. de religiosis. (11. 7.) L. 1. §. 5. D. 33. 4. Deshalb leugnen die römischen Juristen die Giltigkeit der ersten Zahlung für diesen Fall (non recte solvit). L. 20 u. 21. D. 24. 3. L. 73. D. 23. 3. Vgl. Francke a. a. O. Th. 18. S. 12.

378) L. 7. C. soluto matrimonio quemadmodum dos petatur. (5. 18.) L. 5. C. de collationibus. (6. 20.) L. 1. §. 9. D. de dote praelegata. (33. 4.)

379) L. 24. pr. D. 24. 3. Nov. 97. c. 6.

380) Arg. L. 24. pr. D. 24. 3. u. L. 29. C. 5. 12.

381) Diese Fälle sind wahrscheinlich durch Volksgesetze sanctionirt worden. Darauf deutet legibus in L. 27. §. 1. D. 11. 7. causa legitima in L. un. C. 5. 19. ὁ νόμος in Nov. 22. c. 39. Vgl. Hasse über L. 73. §. 1. D. de iure dotium in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 316. Francke a. a. O. Th. 18. S. 14 denkt an die lex Julia und Papia Poppaea.

382) L. 20. D. 24. 3.

383) L. 73. §. 1. D. 23. 3. L. 20. D. 24. 3. Hasse a. a. O. Th. 5. S. 337 erklärt das fundum idoneum oder praedia idonea emere vom Ankauf eines Grundstücks zum Zweck der ihr obliegenden Sicherheitsstellung. Dagegen haben Glück a. a. O. Th. 27. S. 254 und Francke a. a. O. Th. 18. S. 20. sich für die im Texte angenommene Meinung erklärt.

wirklich zu verwenden. — Nach denselben Regeln, welche von der Rückgabe des Heurathsgutes während des Bestehens der Ehe gelten, ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn das Heurathsgut zwar nach getrennter Ehe, aber an die Frau allein zurückgegeben wird, welche das Heurathsgut nur unter Beitritt ihres Vaters zu fordern berechtigt ist [384]).

Was die Frage anbetrifft, an wen das Heurathsgut zurückgegeben werde, so muß man zwischen den einzelnen Gattungen des Heurathsgutes unterscheiden. Die dos recepticia fällt nach dem Inhalte des Vertrages an den Besteller zurück. Zur Giltigkeit eines solchen Vertrages verlangt das Pandectenrecht folgende Erfordernisse: a) er muß ausdrücklich hinzugefügt sein; sonst wird angenommen, daß das Heurathsgut der Frau zufalle [385]). b) Er muß gleich vom Anfange bei der Bestellung des Heurathsgutes eingegangen sein [386]). Nur wenn das Heurathsgut vor dem Abschlusse der Ehe bestellt worden ist, oder die Ehefrau ausdrücklich einwilligt, fällt dieses Erforderniß weg bei den Verträgen, welche ihr Vater wegen der Rückgabe des Heurathsgutes abschließt [387]). Die Form des Vertrages ist nicht besonders bestimmt; mithin reicht ein bloßes pactum hin [388]), wenn schon es gewöhnlicher war, die Rückgabe sich durch Stipulation versprechen zu lassen. Nur wenn der Vater der Frau sich den Rückfall des Heurathsgutes vorbehielt, scheint es stets der Stipulation bedurft zu haben [389]). Aus solchen Verträgen entstand die actio ex stipulatu und praescriptis verbis [390]). Nach den Grundsätzen, welche von der dos recepticia gelten, ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn der Besteller die Rückgabe des Heurathsgutes an einen Dritten bei der Bestellung giltig stipulirt. Zwar ist ein solcher Vertrag in der Regel insofern wirkungslos, als der Dritte keine Klage aus dem fremden Vertrage erwirbt, weil es eine allgemeine Rechtsregel ist, daß Niemand durch einen Fremden eine Obligation erwerben könne [391]); aber zu Gunsten der nächsten Verwandten, welche für eine mit ihnen ebenfalls verwandte dritte Person die Rückgabe des Heurathsgutes stipuliren, gestattete man ausnahmsweise der letzteren eine utilis actio [392]).

---

384) Non perditurae. L. 73. §. 1. D. 23. 3. Zur Erklärung dieser Worte dienen L. 22. §. 1. D. 24. 3. Wirkliche Verwendung des Gegebenen zu den angegebenen Zwecken ist nicht nothwendig.

385) Ulp. fr. 6. §. 5. L. 31. §. 2. D. 39. 6. L. 7. D. 23. 4. L. un. §. 13. C. 5. 13.

386) L. 29. D. 24. 3. L. 20. §. 1. D. 23. 4. Vgl. Glück a. a. O. Th. 27. S. 128 flg.

387) L. 29. D. 24. 3. L. 7. C. 5. 12.

388) L. 1. C. 5. 14. L. 10. C. de pactis. (2. 3.) Vgl. L. 7. D. 23. 4.

389) L. 29. pr. D. 24. 3. L. 6. u. 7. C. 5. 12.

390) L. 6. C. 5. 12.

391) L. 26. C. 5. 12. L. un. §. 13. C. 5. 13.

392) L. 7. C. 5. 14. Vgl. L. 23. D. 23. 4. L. 45. D. ibid. Glück a. a. O. Th. 27. S. 188—195.

Wo keine dos recepticia vorliegt, muß man in Bezug auf die Personen, welche die Rückgabe des Heurathsgutes erzwingen können, folgende zwei Fälle genau unterscheiden: wenn die Frau die Trennung der Ehe überlebt und wenn dieß nicht der Fall ist. Im zuerst genannten Falle forderte nach dem Pandectenrechte die Frau, wenn sie im Augenblicke der Ehetrennung sui iuris ist, ihr Heurathsgut allein zurück, ohne Unterschied, ob dieß eine profecticia oder adventicia dos ist[393]). Stirbt aber die Frau nach der Scheidung, so hatten die Erben der Frau nach dem Pandectenrechte gar kein Recht auf die Rückgabe des Heurathsgutes, außer wenn der Ehemann im Augenblicke des Todes der Frau sich im Verzuge befand[394]). Doch ist dieß durch Justinians Constitution, welche die rei uxoriae actio in die actio ex stipulatu umgewandelt hat, dahin abgeändert worden, daß der Uebergang der Klage auf die Erben der Frau auch ohne den Verzug des Ehemannes eintreten solle[395]). Befindet sich aber die Frau im Augenblicke der Trennung der Ehe noch in der väterlichen Gewalt, so hat der Vater das Recht, mit Einwilligung und unter Beitritt seiner Tochter, die Aushändigung des Heurathsgutes zu verlangen[396]). Denn das Heurathsgut gilt insofern als gemeinschaftliches Gut des Vaters und der Tochter, als keine von beiden Personen ausschließliche Rechte an demselben hat[397]). Aus Begünstigung des Vaters wird die Einwilligung der Tochter schon dann angenommen, wenn sie ihm bei der Anstellung der Klage nicht ausdrücklich widerspricht[398]), oder sonst keinen gerechten Grund zum Widerspruche hat[398a]). Letzteres ist namentlich dann der Fall, wenn der Vater sie später mit einem größeren Heurathsgute bedenkt, als dieß vom Anfange an der Fall gewesen. Mangelt die Einwilligung der Tochter bei der Klage des Vaters, so wird der Ehemann durch die Rückgabe des Heurathsgutes an den Schwiegervater nicht frei von der Verbindlichkeit in Bezug auf seine Frau[399]), und diese kann demnach später, wenn sie sui iuris wird, die Klage im eignen Namen noch einmal gegen den Mann mit voller Wirkung anstellen[400]), wofern sie

---

393) Fragm. Vat. §. 269. Ulp. fr. 6. §. 6. L. 2. pr. D. 24. 3. L. 34. D. ibid. Auch bestätigt dieß Justinian in L. un. §. 11. C. 5. 13. Allgemeiner spricht L. 11. C. 5. 18. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 70—74.

394) Ulp. fr. 6. §. 7. Fr. Vat. §. 95.

395) L. un. §. 4 u. 6. C. 5. 13. Darnach sind allgemein redende Pandectenstellen, z. B. Caius in L. 27. D. 24. 3., zu erklären.

396) Ulp. fr. 6. §. 6. L. 28. D. 23. 3. L. 2. §. 1. D. 24. 3. L. 2. §. 1. D. 24. 3. L. 2. C. 5. 18. Den Consens der Tochter und die väterliche Gewalt hat im Zweifel der Vater zu beweisen. L. 34. D. 24. 3.

397) L. 2. §. 1. D. 24. 3. L. 3. D. ibid. L. 1. §. 14. C. 5. 13. Daß diese Stellen nicht von einem Miteigenthum zu verstehen sind, lehren L. 3. §. 5. D. 4. 4. L. 71. §. 1. D. 21. 2. L. 14. pr. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.)

398) L. 2. §. 2. D. 24. 3.

398a) L. 37. D. 24. 3. L. 4. D. ibid.

399) L. 34. §. 6. D. de solutionibus. (46. 3.)

400) L. 2. §. 1. D. 24. 3. L. ibid.

nicht auf anderem Wege aus dem Vermögen ihres Vaters durch nachher eintretende Umstände so viel erwirbt, als die Größe des Heurathsgutes beträgt[401]). Aus diesem Grunde kann der Mann vom Schwiegervater, wenn die Einwilligung der Tochter mangelt, die cautio de rato verlangen[402]). Ist die Tochter wahnsinnig, so bedarf es nicht einmal ihrer Einwilligung[403]). Im Falle ihrer Abwesenheit kann ihre Einwilligung nicht präsumirt werden[404]). Der Zeitpunct, wo die Einwilligung nöthig wird, ist der der Litiscontestation; ist sie früher ertheilt worden, so kann sie bis dahin noch zurückgenommen werden[405]). Manchmal wird auch während der Dauer der väterlichen Gewalt der Tochter allein die Klage gestattet. Dieß geschieht in folgenden Fällen: a) wenn zu befürchten steht, daß der Vater das Heurathsgut, wenn es ausgezahlt wird, sogleich verschleudern werde[406]). b) Wenn der Vater wahnsinnig ist. In diesem Falle wird die Klage entweder nur der Tochter allein gestattet, wenn sie de rato cavirt, oder dem Curator ihres Vaters unter Beitritt der Tochter: dann aber ohne Cautionsleistung[407]). c) Wenn der Vater von dem Orte, wo die Klage angestellt werden soll, durch richterliches Urtheil weggewiesen worden ist[408]). Doch muß auch in diesem Falle die Tochter de rato caviren. d) Wenn der Vater den bürgerlichen Tod erleidet[409]). e) Wenn der Vater nach Trennung der Ehe stirbt oder die Tochter emancipirt[410]). — Was von der wegen Rückgabe des Heurathsgutes anzustellenden Klage gilt, muß auch von der Leistung des Versprechens gelten, das Heurathsgut nach getrennter Ehe zurückzugeben. Ein solches Versprechen kann dem Vater nur unter Einwilligung der Tochter geleistet werden[411]). Fehlt die Einwilligung einer von den genannten Personen, so bleibt es derjenigen, welche nicht eingewilligt hat, unbenommen, ihr Recht auf dem Wege der Klage selbstständig geltend zu machen: dem Vater, inwiefern er unter

---

401) L. 4. D. 24. 3. L. 22. §. 3. D. ibid.
402) L. 2. §. 2. D. 24. 3. L. 25. pr. D. ratam rem hab. (46. 8.)
403) L. 2. §. 2. D. 24. 3. L. 22. §. 9. D. ibid.
404) L. 2. §. 2. D. 24. 3. L. 25. pr. D. 46. 8.
405) L. 22. §. 5. D. 24. 3.
406) L. 22. §. 6. D. 24. 3.
407) L. 22. §. 10. D. 24. 3. Die Auszahlung kann hier giltig an den Curator unter Beitritt der Tochter, oder an die Tochter unter Beitritt des Ersteren geschehen. L. 65. D. 46. 3.
408) L. 22. §. 4. D. 24. 3.
409) Vom Falle der Gefangenschaft spricht L. 22. §. 11. D. 24. 3.; von der Deportation des Vaters L. 42. pr. D. ibid. Tritt die Verurtheilung des Vaters zur Deportation indeß ein, nachdem die Tochter bereits in die Klage gewilligt, so tritt der Fiscus in die Rechte des Vaters und stellt die Klage fort L. 10. §. 1. D. de bonis damnatorum. (48. 20.) Doch bleibt es natürlich der Frau vorbehalten, gegen den Fiscus ihre Ansprüche in Bezug auf die dos geltend zu machen L. 2. C. 5. 18.
410) L. 22. §. 5. D. 24. 3. L. 2. §. 1. D. ibid. L. un. §. 14. C. 5. 13. Selbst dann, wenn der Vater bereits die Litiscontestation in der Klage vorgenommen hatte und darauf starb, ging die Klage an die Tochter über.
411) L. 2. §. 1. D. 24. 3.

Einwilligung der Tochter zu klagen berechtigt ist; der Tochter, inwiefern ihr, nachdem sie sui iuris geworden ist, ein Klagerecht zukommt. Dabei versteht es sich von selbst, daß, falls sie späterhin als Klägerin auftritt, der von ihr selbst abgeschlossene Vertrag zu ihrem Nachtheile ausgelegt werde.

Wird aber die Ehe durch den Tod der Frau getrennt, so verbleibt die adventicia dos nach älterem Rechte stets bei dem Manne[412]), und dieser Grundsatz wird in vielen Stellen der Justinianischen Rechtsbücher als geltend vorausgesetzt[413]) und auch auf den Fall der Deportation der Frau angewendet[414]). Tigerström, welcher von der Ansicht ausgeht, daß das Heurathsgut auch während der Ehe Eigenthum der Frau sei, versteht dieses Verbleibender dos beim Manne nicht von dem fortdauernden Eigenthumsrechte des Letzteren an den Dotalstücken, sondern behauptet, das Eigenthum der adventicia dos gehe auf die Kinder aus der Ehe nach dem Absterben der Frau über und dem Ehemanne komme nur fernerhin das Recht des Nießbrauches und der Verwaltung zu[415]), — eine Ansicht, welche indeß durch Pandectenstellen vollkommen widerlegt wird[416]). Nach Justinianischem Rechte fällt das Heurathsgut in unserm Falle nach dem Tode der Frau nicht mehr dem Ehemanne zu, es müßte denn in den Dotalverträgen also verabredet sein[417]); dagegen geht es unbedingt auf die Erben der Frau über, welche es mit der ex stipulatu actio einfordern können[418]). Und selbst in den wenigen Fällen, wo der Wittwer etwas aus dem Heurathsgute nach dem Tode der Frau behält, hat er daran nur das Recht der Verwaltung und des Fruchtgenusses, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, weil diesen gleich bei der Trennung der Ehe die Proprietät des Gewonnenen zufällt[419]). Vom Standpuncte des Justinianischen Rechtes aus muß man die Stellen der Pandectenjuristen, welche von dem Verfallen des Heurathsgutes an den Mann beim Tode der Frau sprechen, von be-

---

412) Apud maritum remanet. Ulp. fr. 6. §. 5.

413) L. 18. §. 1. D. ut legatorum. (36. 3.) L. 2. D. 33. 4. L. 42. D. 41. 3. L. 27. C. 5. 12. Aus diesem Grundsatze erklärt sich L. 15. D. 23. 5. L. 17. D. ibid. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 103.

414) L. 5. pr. u. §. 1. D. de bonis damnatorum. (48. 20.)

415) Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 101 flg.

416) Daß nämlich von dem definitiven Verbleiben aller Eigenthumsrechte beim Mann in der Formel penes maritum remanet die Rede sei, zeigt die Satzverbindung in Ulp. fr. 6. §. 4 u. 5.; ferner L. 2. pr. D. 33. 4. Mox morte uxoris dotem fuerit lucratus. L. 42. D. 41. 3. Si tota dos lucro mariti cessit. L. 16. D. 11. 7. spricht von morte mulieris dotem lucrari in Bezug auf den Ehemann und braucht diese Worte, um den Begriff is, ad quem aliquid dotis nomine pervenit, zu erläutern. Vgl. L. 20. §. 1. D. 11. 7. L. 30. §. 1. D. ibid. L. 27. D. 49. 14. L. 10. §. 1. D. 24. 3. L. 11. §. 4. D. 27. 6. L. un. §. 6. C. 5. 13.

417) L. un. §. 6. C. 5. 13.

418) L. un. §. 4 u. 6. C. 5. 13.

419) Nov. 98. c. 1. Auth. ad const. 5. §. 2. C. de secundis nuptiis. (5. 9.)

sonderen Verträgen interpretiren, wodurch es dem Ehemanne für den angegebenen Fall ganz oder theilweise überlassen wird[420]). Gleiches Schicksal mit der adventicia dos hatte nach älterem Rechte auch die profecticia dos, wenn der Vater, welcher sie bestellt hat, zur Zeit der Ehetrennung nicht mehr am Leben war. Falls er aber den angegebenen Zeitpunct erlebt hatte, fiel das Heurathsgut an ihn zurück, doch mit der Beschränkung, daß für einzelne Kinder aus der Ehe Fünftheile von dem Heurathsgute vom Manne retinirt werden[421]). In den Justinianischen Rechtsbüchern, wo die Retention für Kinder nicht mehr erwähnt wird, weil Kaiser Justinian sie ausdrücklich aufgehoben hat[422]), ist von dem classischen Pandectenrechte nur so viel als geltendes Recht übrig geblieben, daß die dos profecticia, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird, allemal dem überlebenden Vater anfällt[423]). Ein Gleiches wird auch für den Fall angenommen, wenn die Tochter in feindliche Gefangenschaft geräth und als Gefangene verstirbt[424]), oder in der Absicht sich scheidet, um ihrem Vater die dos zu entziehen[425]), oder wenn der Ehemann die Scheidung in der Absicht vornimmt, den Schwiegervater um die dos zu bringen[426]). Hat der Vater, welcher das Heurathsgut bestellt hat, die Trennung der Ehe nicht erlebt, so fällt die dos profecticia an die Erben der Frau, welche sie mit der ex stipulatu actio dem Wittwer abfordern[427]), und dieß tritt auch dann ein, wenn der Vater vor dem Ableben der Tochter den bürgerlichen Tod erleidet[428]). — Von diesen allgemeinen Regeln machen die Fälle eine Ausnahme, in welchen das Schicksal des Heurathsgutes im Falle unerlaubter Scheidung oder wegen Vergehen der Ehegatten durch specielle Gesetze anders bestimmt wird. Von den Strafen der unerlaubten Scheidung ist schon oben die Rede gewesen, so weit sie das Heurathsgut betreffen. Es bleibt also nur übrig, die Schicksale des Heurathsgutes im zuletzt genannten Falle zu erörtern. Manchmal verfällt dasselbe dem Fiscus, weil die Ehe, für welche es da bestimmt ist, gesetzwidrig ist. Dieß ist der Fall α) bei den Ehen, welche gegen die mandata principum eingegangen sind[429]).

---

420) Vgl. Glück a. a. O. Th. 27. S. 222.

421) Ulp. fr. 6. §. 4. Fr. Vat. §. 108. Freilich nur, wenn der Vater die dos selbst bestellt hatte; denn sonst treten die Regeln ein, welche von der adventicia dos gelten. L. 79. pr. D. 23. 3.

422) L. un. §. 5. C. 5. 13.

423) L. 60. D. 24. 3. L. 6. pr. D. 23. 3. L. 5. D. 24. 2. L. 10. pr. D. 24. 3. L. 4. C. 5. 18. Selbst dann, wenn die Tochter nicht mehr in der Gewalt des Vaters stand. L. 6. pr. D. 23. 3. Vergl. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes Th. 1. S. 609. And. Mein. ist Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 90–99.

424) L. 10. pr. D. 24. 3.

425) L. 5. D. 24. 2.

426) L. 59. D. 24. 3.

427) L. un. §. 6. C. 5. 13.

428) L. 8. §. 4. D. 48. 20.

429) L. 8. C. de nuptiis. (5. 4.)

Darunter ist jedenfalls die Ehe des Statthalters der Provinz mit der Provincialin während der Amtsdauer [430]) und die des Officiers mit einer Inwohnerin der Provinz, wo derselbe stationirt ist [431]), zu verstehen. β) Bei den Ehen, welche wegen der zu nahen Verwandtschaft der Ehegatten unter sich verboten sind [432]). Im ersten Falle fällt das Heurathsgut sofort an den Fiscus [433]), freilich nach Abzug der nothwendigen Auslagen [434]), und der Inhaber desselben muß Alles, was zur dos gehört, und außerdem noch alle aus den Dotalsachen gezogenen Früchte ersetzen [435]). Im zweiten Falle fällt das Heurathsgut nach dem Pandectenrechte [436]) und den im Theodosischen und Justinianischen Codex enthaltenen Rechtssätzen [437]) an den Fiscus. Auch die Novellengesetzgebung hat diese Sanction bestätigt [438]). Dem Fiscus gehörte wohl auch nach dem vorjustinianischen Rechte das Heurathsgut beim Tode der Frau im Falle des impar matrimonium [439]), ein Fall, der freilich im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommt, da Justinian die Wirkungen des impar matrimonium aufgehoben und solche Ehen für vollgiltig erklärt hat [440]). In anderen Fällen wird dem Ehemanne das Heurathsgut entzogen, weil er sich desselben durch nachfolgende Handlungen unwürdig gemacht hat. Dieß ist der Fall a) wenn er seine Frau tödtet [441]); b) wenn er über den an seiner Frau verübten Mord keine gerichtliche Untersuchung einleitet [442]). Hier fällt die dos an den Fiscus [443]). — Eine andere Classe von Fällen umfaßt unerlaubte Handlungen der Frau, welche dieselbe zu Gunsten ihres Mannes mit dem gänzlichen oder theilweisen Verluste des Heurathsgutes büßt. Im älteren Rechte verlor sie den Anspruch auf die Restitution im Fall des Ehebruchs und Weintrinkens ohne Vorwissen des Mannes [444]), und

---

430) L. 6. C. 5. 4. L. 38. §. 1. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.) L. 65. pr. u. §. 1. D. ibid.

431) L. 63. D. 23. 2. L. 65. pr. D. ibid.

432) L. 52. D. 23. 2. Nov. 12. cap. 1. Vergl. L. 3. Th. C. de incestis nuptiis. Ungenau ist der Ausdruck in §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.)

433) L. 38. §. 1. D. 23. 2. L. 8. C. 5. 4. Darauf bezieht sich wohl auch illicitum matrimonium in L. 61. D. 23. 2.

434) L. 61. D. 23. 2.

435) L. 61. D. 23. 2. L. 52. D. ibid.

436) L. 52. D. 23. 2.

437) L. 3. Th. C. de incestis nuptiis. L. 6. Iust. C. de incestis et inutilibus nuptiis. (5. 5.)

438) Nov. 12. cap. 1. Vgl. auth. ad const. 6. C. 5. 5.

439) Ulp. fr. 16. §. 4. Nach dieser Stelle hieß aber impar matrimonium die Ehe, welche von einer Frau, welche älter als 50 Jahr ist, mit einem Manne, welcher unter 60 Jahr alt ist, abgeschlossen wird. Vgl. die Erklärer, zu Ulp. fr. 16. 4. und Heineccius commentarius ad legem Juliam et Papiam Poppaeam lib. II. cap. 3. §. 8. p. 163.

440) L. 12 C. de legitimis heredibus. (6. 58.) L. 27. C. 5. 4.

441) L. 10. §. 1. D. 24. 3.

442) L. 20. D. de his, quae ut indignis auferuntur. (34. 9.) L. 27. D. de iure fisci. (49. 14.)

443) L. 27. D. 49. 14.

444) Plin. hist. nat. lib. 14. c. 13. Gellius N. A. X. 22. Plu-

noch zu den Zeiten der classischen Juristen ließ man im Falle der rei uxoriae actio wegen schlechten Betragens der Frau bestimmte Abzüge der dos zu (retentio propter mores)[445]). Beides ist im Justinianischen Rechte nicht mehr practisch. Denn das Erstere hängt mit der uralten Einrichtung der Familiengerichte, welche zu Justinians Zeiten abgekommen waren, unfehlbar zusammen und in Betreff des Letzteren kommt in Betracht, daß Justinian alle Abzüge von der Brautgabe ausdrücklich aufgehoben hat[446]). — Zuletzt müssen noch die Fälle erwähnt werden, in welchen das Heurathsgut von der Frau begangener Verbrechen halber dem Staatsschatze zufällt. Nach dem classischen Pandectenrechte findet dieß dann statt, wenn sie folgender Verbrechen schuldig befunden wird: maiestatis, vis publicae, parricidii, veneficii, de sicariis[447]). Doch bleibt es dem Manne unbenommen, seine Rechte an dem Heurathsgute gegen den Fiscus geltend zu machen[448]). Durch eine spätere Verordnung Justinians sind diese Grundsätze indeß nur beim crimen laesae maiestatis beibehalten, in Bezug auf die anderen Verbrechen aber verordnet worden, daß die Güter der Verurtheilten vor dem Fiscus an die Adscendenten und Descendenten und Seitenverwandten der Frau bis zum dritten Grade fallen sollen[449]); eine Verordnung, welche auch auf das Heurathsgut der verurtheilten Ehefrau erstreckt werden muß, da auch dieses unfehlbar zum Vermögen derselben gehört.

Fragt man ferner, was der Gegenstand der Restitution des Heurathsgutes sei, so ist jedenfalls nach Verschiedenheit des Constitutionsactes zu unterscheiden, ob die zum Heurathsgute gegebenen Gegenstände nach einer gegenseitigen Uebereinkunft taxirt worden sind, oder nicht. Im ersten Falle gilt der Betrag der Taxe als Dotalsache und der Ehemann muß dieselbe der Ehefrau zweifelsohne gewähren[450]), mit Ausnahme der für evincirte Gegenstände ausgeworfenen Taxe[451]). Doch wird der Ehemann auch in dem zuletzt genannten Falle zur Herausgabe alles dessen angehalten, was er in Folge der Eviction vom Constituenten der dos entschädigungsweise empfangen hat[452]). Ist der Taxation der Vertrag hinzugefügt, daß die Frau nach getrennter Ehe das Wahlrecht haben soll, ob ihr die Dotalsachen oder die Taxe ausgeantwortet werde, so bleibt der Ehemann verbindlich, ihr den Werth der nicht mehr vorhandenen Gegenstände zu vergüten, selbst wenn sie die Sachen und

---

tarch. Marius c. 38. Valerius Max. VIII. 2. 3. Vgl. Wächter über Ehescheidungen S. 118.

445) Ulp. fr. 6. §. 12.

446) L. un. §. 5. C. 5. 13.

447) L. 3. D. de bonis damnatorum. (48. 20.)

448) L. 4. D. 28. 20.

449) Nov. 134. cap. 13.

450) Fr. Vat. §. 94. L. 10. pr. D. 23. 3. L. 5. C. 5. 12. An die Sachen selbst kann sich die Frau nur dann halten, wenn der Werth nicht vergütet ist. L. 30. C. 5. 12.

451) Fr. Vat. §. 94.

452) L. 16. D. 23. 3.

nicht die Taxe wählen sollte[453]). Ist das Heurathsgut ohne Taxe dem Ehemanne übergeben worden, so ist derselbe verpflichtet, alle Sachen zurückzugeben, welche die Dotalqualität angenommen haben, außer wenn er durch die allgemeinen Regeln, welche vom Periculum der Dotalsachen gelten, von dieser Verbindlichkeit befreit wird, oder wenn die einzelnen Dotalstücke ihm evincirt worden sind[454]). Außerdem kommt auch das augmentum dotis bei der Restitution in Betracht[455]), und von den Früchten der Dotalsachen ist es gewiß, daß sie vom Trennungspuncte der Ehe an gerechnet an die Frau oder deren Erben zurückgegeben werden müssen[456]). Die letzteren offenbar deshalb, weil das Recht des Fruchtgenusses dem Ehemanne nur auf die Dauer der Ehe zusteht[457]). Es tritt mithin die Nothwendigkeit ein, die Früchte des letzten Jahres zwischen dem Ehemanne und der Ehefrau nach dem Verhältnisse der Monate, binnen deren die Ehe im letzten Jahre noch bestanden hat, zu theilen, so daß der Ehemann von der Summe der Früchte so viel erhalte, als davon nach Verhältniß des Bestehens der Ehe im letzten Jahre auf ihn kommt[458]). Die Art und Weise, nach welcher die Berechnung der Früchte und ihre Vertheilung verwirklicht wird, ist sehr streitig, wenn schon so viel als gewiß angenommen werden kann, daß die Römer sich diese Berechnung nur am Dotalgrundstücke versinnlichten[459]) und gleichwohl dieselbe auch bei beweglichen Dotalsachen gelten ließen[460]). Die erste Schwierigkeit in der vorliegenden Untersuchung betrifft die Berechnung des Jahres selbst. An einigen[461]) Stellen wird es nämlich das letzte Jahr kurzweg genannt, in anderen[462]) so beschrieben, als sei es das Jahr, in welches die Trennung der Ehe hineinfällt. Dieß hat manche Rechtsgelehrte veranlaßt, zu glauben, als sei das Trennungsjahr der Ehe gemeint, wenn gleich aus anderen Gründen anzunehmen

---

453) L. 22. §. 1. D. de evictionibus (21. 2.) und L. 73. D. 23. 3. L. 49. §. 1. D. 24. 3.

454) L. un. §. 9. C. 5. 13.

455) L. 78. §. 2. D. 23. 3. L. 11. D. 24. 3. L. 31. §. 4. D. ibid. L. un. §. 9. C. 5. 13.

456) Pauli sent. rec. II. 22. §. 1. L. 7. §. 1. D. 23. 3.

457) L. 5 u. 6. D. 24. 3. L. 7. pr. u. §. 1 u. 10. D. ibid.

458) L. 5. u. 6. D. 24. 3. L. 7. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 78. §. 2. D. 23. 3. L. un. §. 9. C. 5. 13.

459) L. 7. §. 9 u. 10. D. 24. 3. Daher die allgemeine Fassung von L. 11. D. 24. 3. Die Literatur der Controverse ist am Ausführlichsten dargestellt von Glück, Erläut. der Pandecten Th. 27. S. 272—330. Tigerström, Dotalrecht Th. 2. S. 156—179. Die wichtigsten Monographien über diese Lehre sind Ed. Schrader commentatio de divisione fractuum dotis Helmst. 1805. 4. und Hasse, wie werden Früchte aus dem letzten Jahre beim Schlusse der Ehe vertheilt? im rheinischen Museum für Jurisprudenz Th. 2. S. 1—42.

460) L. 78. §. 2. D. 23. 3. L. 7. §. 10. D. 24. 3.

461) L. 5. D. 24. 3. L. 11. D. 24. 3. Pauli sent. rec. II. 22. §. 1. L. un. §. 9. C. 5. 13.

462) L. 5. D. 24. 3.

ist, daß nur das letzte Dotalfruchtjahr, in welches die Trennung der Ehe hineinfällt, gemeint sein könne. Dieß ergibt sich daraus, daß bei der Berechnung desselben weder auf den Anfangspunct der Ehe, noch auf die Bestellung des Heurathsgutes im Allgemeinen gesehen wird, sondern auf den Zeitpunct, an welchem der Besitz der fruchtbringenden Dotalsache dem Manne übergeben worden ist[463]). Ist die Sache bereits vor der Eingehung der Ehe übergeben worden, so sieht man auf den Anfang der Ehe, weil die Sache erst von dieser Zeit an den Dotalcharacter annimmt[464]). Von diesem Zeitpuncte an rechnet man so viele einzelne Jahre fort, bis man an das Jahr kommt, in welches die Trennung der Ehe hineinfällt[465]). Die Früchte dieses Jahres denken sich die römischen Juristen insofern als eine Einheit[466]), als bei deren Bestimmung die auf die Erzeugung und Aufbewahrung der Früchte verwendeten Unkosten in Abzug kommen[467]). Eingerechnet werden die percipirten und noch nicht percipirten Früchte[468]), (die letzteren nach dem Verhältnisse der Monate, welche vom letzten Dotaljahre übrig sind), und wenn man über den factischen Betrag der Früchte zweifelhaft ist, hält man sich an die jährliche Pachtsumme, welche für das Grundstück entrichtet wird. Falls percipirte und künftige, noch nicht percipirte Früchte concurriren, schlägt Papinian[469]) vor, die Früchte, welche aus dem Dotalgrundstücke auf die Dauer der Ehe im letzten Jahre gezogen worden und noch zu hoffen sind, in eine Masse zusammenzuwerfen und die Summe derselben nach dem Verhältnisse der Monate, binnen deren die Ehe bestanden hat, zu vertheilen und davon dem Ehemanne so viel Zwölftel zuzuweisen, als sein Antheil beträgt. Diese Aeußerung Papinian's würde, wörtlich genommen, das Resultat geben, daß, im Falle die Ehe 4 Monate hindurch, vom October bis zu Ende Januars bestanden hat, der Ehemann die Früchte der Weinernte und die auf die noch übrigen Monate der Ehe kommenden Pachtgelder zusammenrechnen, von der gefundenen Summe ein Dritttheil für sich behalten und zwei Dritttheile an die Frau herausgeben müsse. Und in der That ist dieß die Meinung von Cujaz[470]), welcher sich zwar genau an die Worte Papinian's anschließt, aber ganz von der Regel abweicht, daß die Früchte der letzten Monate auf die Dauer der Ehe dem Manne verbleiben sollen. Von den übrigen Erklärungen dieser so schwie-

---

463) L. 6. D. 24. 3.
464) L. 6. D. 24. 3.
465) L. 8. §. 1. D. 24. 3.
466) L. 7. pr. D. 24. 3. L. 7. §. 16. D. ibid. L. 8. §. 1. D. ibid.
467) L. 31. D. 23. 4. L. 7. §. 2, 3, 9 u. 16. D. 24. 3.
468) L. 7. §. 2. D. 24. 3.
469) L. 7. §. 1. D. 24. 3. Vergl. zur Kritik dieser Stelle Glück a. a. O. Th. 27. S. 299.
470) Siehe Cui. ad Pauli sent. rec. II. 22. Observ. XIV. cap. 22. und comment. in libr. X. quaestion. Papin. ad §. Papinian. L. 7. D. h. t. Auch Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 166. findet diese Erklärung in Papinian's Worten gegründet.

rigen Stelle ist wohl nur die allein noch beachtenswerth, welche, ohne den Text zu ändern, von der Ansicht ausgeht, daß Papinian hier nicht von den gewöhnlichen Regeln über die Früchtevertheilung habe abweichen wollen, und annimmt, daß Papinian nur, um im concreten Falle eine geometrische Gleichheit zwischen den verschiedenen Theilen der Ehegatten herausbringen, die Auswerfung eines Mittelbetrages für das ganze letzte Dotaljahr habe vorschlagen und denselben unter die Ehegatten nach den gewöhnlichen Regeln vertheilen wollen[471]). Diese Erklärung stimmt aber auch völlig zu den vom Juristen gebrauchten Ausdrücken, wenn man überhaupt nur die grundlose Voraussetzung aufgibt, daß die Worte vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni der alleinige Inhalt der im confundi ausgedrückten Normalsumme sein solle. Bezieht man hingegen das confundi auf die Früchte des ganzen letzten Dotalfruchtjahres und läßt man die Früchte der Weinlese und den vierten Theil des Pachtzinses, welche hier nur in Beziehung auf das Vorhergehende genannt werden, als Theil dieser Summe gelten, so erklärt sich das Ganze einfach und in Uebereinstimmung mit allen anderen Zeugnissen über die Art der Vertheilung der Früchte des letzten Jahres unter die Ehegatten. Von der angegebenen Berechnungsweise weicht Schrader[472]) insofern ab, als er dem Papinian den Gedanken unterschiebt, daß derselbe den Mittelbetrag der Früchte des ganzen letzten Dotaljahres nach dem Werthe der ganzen Ernte und dem Viertheile des Pachtzinses für das kommende Jahr, also nach dem Fruchtertrag von funfzehn Monaten, habe berechnen wollen. Im Falle bei der Theilung der Früchte Schwierigkeit dadurch entsteht, daß die Früchte des letzten Dotaljahres noch auf dem Grundstücke bei der Rückgabe desselben sich befinden, so muß die Frau dem Manne Caution stellen, daß sie demselben bei der Perception der Früchte seinen Antheil zukommen lassen werde[473]). — Uebrigens bezieht sich der Anspruch der Frau auf die Theilung der Früchte des letzten Jahres nur auf die Früchte, welche aus nicht taxirten Dotalsachen gezogen werden[474]). Denn im Falle der Taxe treten die Grundsätze des Kaufes ein und die Früchte verbleiben mithin dem Manne auch nach der getrennten Ehe.

Fragt man ferner, wer zur Rückgabe des Heurathtsgutes verpflichtet sei, so muß die Antwort, falls der Ehemann sui iuris ist, dahin lauten, daß er und seine Erben diese Verpflichtung zu übernehmen haben[475]). Wenn

---

471) Dieß ist die Meinung von Schrader comment. de divisione fructuum dotis, Helmst. 1805. 4. und Hasse in seiner commentatio de variis eorum sententiis, qui in exploranda l. 7. §. D. S. M. vulgatam interpretationem reliquerunt, Bonnae 1827. und im rheinischen Museum Th. 2. S. 1—42.

472) Comment. cit. sect. I. §. 9. p. 18.

473) L. 7. §. 15. D. 24. 3.

474) L. un. §. 9. C. 5. 13.

475) L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 46. D. ibid. L. 9. C. 5. 18. L. 11. C. ibid.

das Vermögen desselben an den Fiscus fällt, so geht die Verpflichtung, das Heurathsgut zurückzuerstatten, auch auf diesen über, ganz nach dem Verhältnisse des Antheiles, den er aus den Gütern des Mannes durch Universalsuccession erwirbt[476]). Stand der Ehemann zur Zeit, als das Heurathsgut bestellt wurde, noch in der väterlichen Gewalt, so steht der Vater, wenn dasselbe dem Sohn ausgehändigt worden ist, gewöhnlich nur insofern ein, als er durch die Dotalbestellung bereichert worden ist, oder nur insoweit, wieweit das Peculium des Sohnes reicht[477]). In das Peculium wird hier indeß Alles eingerechnet, was der Vater im Namen des Sohnes wegen unerlaubter Schenkungen oder Auslagen auf die Dotalsachen, oder wegen Diebstahls der Frau von derselben einklagen kann[478]). Ingleichen bringt es das Wesen der Dotalklage mit sich, daß der Vater außer dem Peculium des Sohnes der Frau noch das ersetzen muß, um was er sie betrogen hat[479]). Für die ganze dos haftet der Vater nur dann, wenn er sie selbst empfangen hat[480]), oder wenn sie dem Sohne auf Geheiß des Vaters ausgeantwortet worden ist[481]). Freilich wird auch der Hausſohn, welcher die dos im eignen Namen empfängt, zur Restitution derselben verpflichtet[482]); doch geht er ganz frei aus, falls die dos an den Vater gezahlt wird[483]). Nur wenn er den Vater beerbt hat, haftet er auch hier nach dem Verhältnisse seines Erbtheiles[484]); dagegen wird es ihm gestattet, im Falle der Erbtheilung die dem Vater eingehändigte dos ganz und die an ihn übergebene insoweit, als der Vater dadurch bereichert worden ist, oder der Betrag des Peculiums zureicht, von der Erbmasse als praecipuum im Voraus abzuziehen[485]). — Ob außer dem Sohne, dessen Vater und deren Erben auch noch die, welche für die Rückgabe des Heurathsgutes Bürgschaft geleistet haben, belangt werden können, ist streitig. Der Ehefrau und Anderen, welche ein Heurathsgut bestellen, ist es nämlich durch ein Gesetz Justinians untersagt, für die Rückgabe desselben vom Ehemanne oder Anderen, welche die dos in Empfang nehmen, Bürgen, Mandatoren oder andere Intercessoren zu verlangen[486]). Denn der Kaiser nimmt an, daß, wenn die Ehefrau glaubt, sich und ihr Heurathsgut dem Manne anvertrauen

---

476) L. 31. pr. D. 24. 3. L. 2. C. 5. 18.
477) L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 36. D. 15. 1. L. 25. pr. D. 24. 3. L. 53. D. ibid.
478) L. 25. pr. D. 24. 3.
479) L. 25. pr. D. 24. 3.
480) L. 22. §. 12. D. 24. 3. L. 10. C. 5. 18.
481) L. 22. §. 12. D. 24. 3.
482) L. 53. D. 24. 3.
483) L. 22. §. 1. D. 24. 3.
484) L. 22. §. 12. D. 24. 3.
485) L. 20. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)
486) L. 2. C. ne fideiussores dotium dentur. (5. 20.) Schon früher waren durch eine Constitution Gratians die Gesetze und Gewohnheitsrechte, welche dem Ehemanne die Verbindlichkeit auferlegten, für die Sicherheit der dos Bürgen zu stellen, aufgehoben werden. L. 1. C. 5. 20.

zu können, im Verlangen der Bürgschaft eine Aufforderung zur Untreue enthalten sein würde. Werden demungeachtet Bürgen gestellt, so nehmen manche Rechtsgelehrte an, daß sie für das Heurathsgut subsidiarisch haften [486a]), wenn schon der im Gesetze angegebene Grund des Verbotes auch auf die freiwillige Bürgenstellung sich erstreckt, und die gelehrtesten Juristen eine solche Bürgschaft für null und nichtig erklärt haben [487]). Freilich gilt dieß nicht von Bürgen, welche erst nach der Ehetrennung für die Rückgabe des Heurathsgutes vom Manne bestellt werden und, falls es die Frau verlangt, sogar bestellt werden müssen [488]). — Wird der Ehemann auf Restitution des Heurathsgutes belangt, so genießt er die Competenzwohlthat (beneficium competentiae), und diese ist so wesentlich in der dem Manne von der Frau geschuldeten Achtung begründet, daß jeder Vertrag, wodurch der Ehemann sich ihrer begibt, für nichtig erklärt wird, weil man annimmt, daß dieser Vertrag gegen die öffentliche Achtung für Sittlichkeit streite [489]). Da dieselbe indeß aus rein persönlichen Verhältnissen entspringt, so kann sie weder den Erben des Mannes [490]), noch dessen Bürgen zu statten kommen [491]). Macht der Ehemann von der Rechtswohlthat keinen Gebrauch und zahlt also das Heurathsgut ganz zurück, so findet eine Rückforderung des Gezahlten durch die condictio indebiti nicht statt [492]). Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Anderer im Namen des insolventen Ehemannes das der Frau geschuldete Heurathsgut derselben ganz auszahlt [493]). Wird der Ehemann durch einen Defensor vertreten, so kommt Alles darauf an, ob die Verurtheilung bei Lebzeiten des Mannes oder nach seinem Tode erfolgt. Im ersten Falle kommt auch seinem Vertreter die Rechtswohlthat zu statten, im zweiten Falle nicht [494]). Außer dem Ehemanne genießen dieselbe bei der Rückforderung des Heurathsgutes auch der Vater des Ehemannes [495]) und die Söhne des Letz-

---

486a) So Lauterbach, Malblank, Leyser u. s. w. Vgl. Glück a. a. O. Th. 27. S. 231.

487) Cuiacius recitation. solemn. in Cod. ad tit. 20. lib. 5. Ne fideiussores dotium dentur. Jac. Gothofredus ad const. 1. Th. Cod. de fideiussoribus dotium. (3. 15.) tom. I. p. 351.

488) L. 24. §. 2. D. 24. 3. L. 7. pr. D. de exceptionibus. (44. 1.) L. 41. D. de iudiciis. (5. 1.)

489) L. 14. §. 1. D. 24. 3. L. 53. D. ibid. §. 37. J. de actionibus. (4. 6.) L. 17. D. 42. 1. Es erstreckt sich diese Rechtswohlthat aber auch auf Klagen aus anderen unter den Ehegatten abgeschlossenen Geschäften; auch kommt sie der Frau zu statten, wenn sie vom Ehemanne aus Contracten belangt wird. L. 20. D. 42. 1.

490) L. 8. C. 5. 18. L. 12. D. 24. 3. L. 24. §. 1. D. 42. 1.

491) L. 24. pr. D. 42. 1. L. 7. pr. D. 44. 1.

492) L. 9. D. de condictione indebiti. (12. 6.)

493) L. 8. D. 12. 6.

494) L. 23. D. 42. 1.

495) L. 15. §. 2. D. 24. 3. L. 22. pr. D. 42. 1. Dieser Meinung steht auch nicht L. 10. C. 5. 18. entgegen, da hier der Ausdruck in solidum im Ge-

teren, wenn sie als seine Erben verklagt werden [496]). Bei der Berechnung der Gütermasse zum Behuf der Competenzwohlthat sieht man nur auf den Zeitpunct, wo die Verurtheilung erfolgt [497]). Andere auf der Gütermasse haftende Schulden werden bei der Berechnung nicht im Voraus verabzugt [498]). Eingerechnet werden aber in die Gütermasse alle Forderungen, welche der zu Verurtheilende wegen Auslagen, die er zum Nutzen der Frau oder auf deren Geheiß gemacht hat, gegen sie geltend machen kann [499]). Diese Rechtswohlthat war im vorjustinianischen Rechte nur mit der rei uxoriae actio verbunden, nicht mit der ex stipulatu actio. Seit Justinian findet sie indeß auch in der von diesem Kaiser umgeformten ex stipulatu actio statt, welche wegen der Rückgabe des Heurathsgutes angestellt wird [500]). Nur in zwei Fällen wird sie auch in dieser Klage nicht gestattet: erstens, wenn der Ehemann in der Absicht, die Frau in ihren Dotalansprüchen zu beeinträchtigen, seine Insolvenz herbeiführt [501]); zweitens, wenn er in gleicher Absicht den Untergang einer Dotalsache herbeigeführt hat [502]).

Die Klagen, welche der Ehefrau und denen, die außer ihr nach der Ehetrennung wegen Restitution des Heurathsgutes klagen, zustehen, sind nach älterem Rechte die rei uxoriae actio und die ex stipulatu. Als die gewöhnliche Klage erscheint die rei uxoriae actio, welche in den Pandecten und anderwärts mit den Kunstausdrücken de dote iudicium, de dote agere, de dote actio oder dotis actio bezeichnet wird [503]). Die ex stipulatu actio bildet die Ausnahme und stützt sich auf ein besonderes in der Stipulationsform abgegebenes Versprechen, die dos nach getrennter Ehe zurückzugeben [504]). Sie ist stricti iuris, schließt die Rechtswohlthat der Competenz, ingleichen die Minderungen durch Retentionen aus [505]) und erwirkt die sofortige Restitution des ganzen Heurathsgutes, ohne Bestimmung gewisser Zahlungstermine [506]). Ueberhaupt gilt die dos, deren Rückgabe durch eine besondere Stipulation versprochen worden, als ein nomen dessen, dem die Rückgabe versprochen worden ist [507]), und geht mithin auf alle Erben desselben gleichmäßig über, ohne daß die Frau, zu deren Gunsten sie bestellt worden

---

gensatze des Peculiums genommen und die Zahlungsfähigkeit des Vaters vorausgesetzt wird. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 189.

496) L. 18. pr. D. 24. 3.

497) L. 15. pr. D. 24. 3. L. 53. D. ibid.

498) L. 54. D. 24. 3. Ein anderer Beweis für diese Meinung ergibt sich aus L. 19. §. 1. D. 42. 1.

499) L. 28. D. 24. 3.

500) L. un. §. 7. C. de rei uxoriae actione. (5. 13.)

501) L. 18. §. 1. D. 24. 3.

502) L. 18. §. 1. D. 24. 3.

503) Vgl. Meyerfeld de quibusdam, quae de dote actione reddenda sint, Marburgi 1826. p. 63.

504) Pauli sent. rec. II. 22. §. 2.

505) L. un. §. 5 u. 7. C. 5. 13.

506) L. un. §. 7. C. 5. 13.

507) L. un. §. 14. C. 5. 13.

ist, besondere Vorzugsrechte daran geltend machen könnte[508]). Ausgeschlossen ist in dieser Klage das edictum de alteroutro[509]), und wenn der Sohn bei der Beerbung seines Vaters das seiner Frau geschuldete Heurathsgut aus dem väterlichen Vermögen bei der Erbtheilung im Voraus abzieht, muß er den Miterben versprechen, sie gegen die ex stipulatu actio der Frau zu vertreten[510]). Eine besondere Anwendung findet die ex stipulatu actio bei der dos recepticia, wenn die Rückgabe derselben in der Stipulationsform versprochen worden ist[511]). Im Fall des einfachen Vertrages ließ man indeß zu gleichem Zwecke die actio praescriptis verbis zu. — Ganz anders ist das Wesen der rei uxoriae actio und die aus demselben sich ergebenden Grundsätze. Sie umfaßt die ganze dos mit Einschluß der vertretbaren[512]) und der taxirten Dotalsachen[513]), das augmentum dotis u. s. w., ist nur eine bonae fidei actio[514]) und zeichnet sich vor den anderen Klagen derselben Gattung noch dadurch aus, daß in die Klagformel, welche nach der Analogie der arbitrariae formulae gefaßt zu sein scheint[515]), die Worte: quod aequius melius eingeschoben werden[516]); ein Zusatz, durch dessen Einfügung der Richter die Befugniß erhält, nach den factischen Grundlagen zu beurtheilen, wie viel von dem Heurathsgute an die Frau zurückgegeben werden und wie viel davon bei dem Ehemanne verbleiben solle[517]). Auch mußten in derselben gerade so, wie in den anderen actiones bonae fidei, Gegenforderungen des Mannes und alle Gründe, welche zur Vorschützung der doli exceptio berechtigen, vom Richter berücksichtigt werden, wenn gleich der Beklagte die Einrede nicht ausdrücklich vorgeschützt hatte[518]). Auch kamen bei dieser Klage die sogenannten Retentionen vor, d. h. Abzüge von der Quantität des Heurathsgutes, welche auf bestimmten, durch das Civilrecht anerkannten Gründen beruhen[519]). Die Zahl der Retentionsgründe ist geschlossen. Es sind folgende: das Dasein von Kindern aus der getrennten Ehe (retentio propter liberos), schlechtes Betragen der Ehefrau gegen den Ehemann (retentio propter mores), Verwendungen des Mannes auf die Dotalsachen (retentio propter impensas),

---

508) L. un. §. 11. C. 5. 13. L. un. §. 14. C. ibid.
509) L. un. §. 3. C. 5. 13.
510) L. 20. §. 2. D. 10. 2. L. un. §. 9. D. 33. 4. L. 7. pr. §. 2 u. 4. D. 33. 4. L. un. §. 10. C. 5. 13.
511) L. un. §. 13. C. 5. 13.
512) L. un. §. 7. C. 5. 13.
513) Fr. Vat. §. 94.
514) L. un. §. 2. C. 5. 13. §. 29. J. de actionibus. (4. 6.)
515) Cic. de off. III. 15. In arbitrio rei uxoriae. Topic. cap. 17. In arbitrio rei uxoriae.
516) Cic. de off. III. 15. top. 17. Boeth. in Topica Cic. lib. VI. c. 17. Darauf deutet auch L. 66. §. 7. D. 24. 3. L. 82. D. de solutionibus. (46. 3.)
517) Boeth. in Topica Cic. lib. VI. cap. 17.
518) Fr. Vat. §. 94. L. 21. D. 24. 3.
519) Ulp. fr. 6. 9. Boethius ad Topica. Cic. lib. VI. cap. 17. L. un. §. 5. C. 5. 13. Vgl. Schulting ad Ulp. fr. 6. 9. in iurisprudentia Anteiustinianea p. 83.

Schenkungen desselben an die Frau während der Dauer der Ehe (retentio propter res donatas), Diebstahl, welchen die Ehefrau an den Sachen des Ehemannes verübt hat (retentio propter res amotas). Die retentio propter liberos tritt ein, wenn die Ehe durch die Schuld der Frau oder des Parens, welcher sie in seiner elterlichen Gewalt hat, aufgelöst wird [520]). Der Abzug beträgt für jedes Kind ein Sechstheil (sexta) von der Dotalsumme; doch können nicht mehr als drei Sechstheile abgezogen werden [521]), und wenn der Ehemann von diesem Abzugsrechte bei der Rückgabe des Heurathsgutes keinen Gebrauch macht, so kann er dasselbe nicht weiter durch besondere Klage geltend machen. Man betrachtete diesen Abzug von der dos als eine von der Frau zu entrichtende Beisteuer zur Erziehung der Kinder [522]). — Die retentio propter mores berechtigte den Ehemann zum Abzuge verschiedener Portionen, je nachdem ein grobes Vergehen der Ehefrau vorliegt oder nicht [523]). Zum ersten Falle rechnete man nur den Ehebruch der Frau (mores graviores) und bestrafte denselben mit dem Abzuge des sechsten Theiles des Heurathsgutes (sexta). Zum zweiten Falle rechnete man alle mindere Vergehen der Ehefrau (mores leviores) und bestrafte dieselben mit dem Abzuge des Achttheiles (octava). Aber auch das schlechte Betragen des Ehemannes gegen die Ehefrau (mariti mores) kommt bei der Restitution des Heurathsgutes in Betracht [524]). Waren beide Ehegatten in gleicher Schuld, so trat Compensation des gegenseitigen Verschuldens ein [525]), was natürlich zur Folge hatte, daß keiner der Ehegatten bestraft wurde. Das Gleiche gilt auch für den Fall, wenn der Ehemann den Ehebruch der Frau vorbereitet und absichtlich befördert hat [526]). Constantin schränkte die Retention wegen unsittlichen Betragens auf den Fall des Ehebruchs ein [527]), aber Julian hob die Beschränkung wieder auf [528]). Außer dem Abzugsrechte, welches sich auf das schlechte Betragen der Frau stützt, finden wir in den Rechtsquellen noch ein besonderes iudicium de moribus erwähnt [529]), welches jedenfalls mit der genannten Retention im Zusammenhange stand und erst von Justinian aufgehoben worden ist [530]). Es ist seinem Wesen nach eine Privatklage (denn sonst würde schwerlich eine

---

520) Ulp. fr. 6. 10. Cic. Top. c. 4. Boethius ad Top. Cic. VI. 17. Vgl. Fr. Vat. §. 105—107.

521) Darnach sind die allgemeinen Ausdrücke L. 38. D. 24. 3. L. 24. C. 5. 12. zu erklären.

522) L. un. §. 5. C. 5. 13. Vergl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 235.

523) Ulp. fr. 6. 12.

524) Ulp. fr. 6. 13.

525) L. 39. D. 24. 3.

526) L. 47. D. 24. 3.

527) L. 1. Th. C. de repud.

528) L. 2. Th. C. de dotibus.

529) Caius inst. IV. §. 102. L. 5. pr. D. de pactis dotalibus. (23.4.) L. 39. D. 24. 3. Vgl. Cuiacius ad Ulp. fr. 6. 10.

530) L. 11. §. 2. C. de repudiis et iudicio de moribus sublato. (5.17.)

Compensation der Delicte zugelassen werden)[531]). Auf die Erben geht es weder activ noch passiv über[532]), und damit hängt wohl auch der Rechtssatz zusammen, daß die Retention den Erben des Ehemannes nicht zu statten kommt[533]). Die actio de moribus war wohl nur für den Fall angeordnet, wenn die auf gleichem Grunde beruhenden Ansprüche des Mannes an die dos nicht auf dem Wege der Retention geltend gemacht wurden. Wenigstens deutet darauf die Analogie der Grundsätze, welche von der retentio propter res amotas und der rerum amotarum actio gelten[534]). — Die retentio propter impensas bezieht sich namentlich auf solche Verwendungen, welche zur gänzlichen oder theilweisen Erhaltung der Substanz der Dotalsachen nothwendig waren[535]), vorausgesetzt, daß sie auf die Substanz der Sachen und nicht blos der Fruchterzeugung halber verwendet worden sind[536]). Von solchen Auslagen gilt die Regel: necessariae impensae ipso iure minuunt dotem, d. h. sie werden bei der Rückgabe des Heurathsgutes von der Substanz desselben so abgezogen, als ob dasselbe gleich von Anfang an um diesen Betrag geringer gewesen wäre[537]). Der Abzug wird indeß nicht nach der Substanz der einzelnen Dotalsachen, sondern in Bezug auf den ganzen Betrag des Heurathsgutes verwirklicht[538]). Eine Folge dieser Regel ist es, daß der Vertrag, wodurch sich der Mann des Rechtes begibt, die nothwendigen Auslagen zurückzufordern, für ungiltig erachtet wird[539]), und daß der Anspruch wegen Erstattung der Auslagen auch auf die Erben des Mannes übergeht[540]). Waren aber solche Auslagen vom Manne unter-

---

531) L. 39. u. 47. D. 24. 3. Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 246.

532) L. 1. Th. C. de dotibus.

533) L. 15. §. 1. D. 24. 3.

534) Vergl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten Th. 1. S. 182. und Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 244.

535) Ulp. fr. 6. §. 14, 15. L. 79. pr. D. de verborum significatione. (50. 16.) L. 14. pr. D. de impensis in res dotales factis. (25. 1.) L. 1. §. 1. D. ibid.

536) L. 1. §. 2. D. 25. 1. L. 5. pr. D. ibid. — Vom Aufwande, der zur Fruchterzeugung im gegenwärtigen Jahre gemacht wird, spricht L. 15. D. 25. 1. u. L. 2. §. 1. D. ibid.

537) L. 1. §. 2. D. 25. 1. L. 1. §. 4. D. 33. 4. L. 5. pr. D. 25. 1. L. 56. §. 3. D. 23. 3. L. 61. D. 23. 2. §. 37. J. 4. 6. L. 5. §. 2. D. 23. 4. L. un. §. 5. C. 5. 13.

538) L. 1. §. 4. D. 33. 4. L. 56. §. 3. D. 23. 3. L. 5. pr. D. 25. 1. Das ipso iure deminui tritt nur bei solchen Dotalsachen ein, wo es der Natur der Sache nach eintreten kann, d. h. wenn die dos in Geld besteht, oder unter einer Taxe hingegeben ist. L. 5. pr. D. 25. 1. L. 56. §. 3. D. 23. 3. Bei dem fundus dotalis tritt nur das Retentionsrecht ein, es müßte denn soviel auf ihn verwendet worden sein, als der Werth des ganzen fundus beträgt. L. 56. §. 3. D. 23. 3. Werden die Kosten von der Frau erstattet, so wächst die dos um das, was den Betrag der Kosten ausgemacht. L. 56. §. 3. D. 23. 3. L. 5. pr. D. 25. 1.

539) L. 5. §. 2. D. 23. 4.

540) L. 15. §. 1. D. 23. 3.

lassen worden, so war derselbe verpflichtet, den aus der Unterlassung dieses Aufwandes für die Ehefrau entstehenden Schaden zu vergüten[541]). Ueberhaupt erscheint die Verwendung des Geldes im angegebenen Falle als ein giltiger Obligationsgrund, da dem Ehemanne, auch wenn er von dem Rechte auf die Retention nicht Gebrauch macht, doch noch die Condiction gegen die Ehefrau gestattet wird[542]). Für die nützlichen Auslagen (utiles impensae) galt der angeführte Grundsatz nicht[542a]), und diese konnten den Ehemann überhaupt nicht zur Deduction berechtigen, außer wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht worden waren[543]). Für die Auslagen, welche nur zum Schmucke der Dotalsachen oder zum Vergnügen des Besitzers gemacht worden sind (voluptuariae oder voluptuosae impensae), wozu namentlich alle diejenigen Verwendungen gerechnet werden, welche weder unter die Kategorie der nothwendigen, noch unter die der nützlichen gehören[544]), wird dem Ehemanne nicht einmal dann, wenn sie mit Bewilligung der Ehefrau gemacht worden sind, eine Entschädigung gestattet[545]); doch kann der Mann die zum Schmucke angeschafften Sachen an sich nehmen, wofern sie überhaupt ohne Schaden der Frau getrennt werden können[546]) und die Frau dieß zu leiden Willens ist[547]). Leidet sie es aber nicht, so muß sie dem Manne jedenfalls die Auslagen ersetzen. Ausgeschlossen von dieser Untersuchung sind alle Ausgaben, welche zur Erzeugung, Einsammlung und Aufbewahrung der Früchte aus den Dotalsachen nothwendig waren. Denn diese hat der Mann aus eignen Mitteln zu bestreiten, da ihm der Fruchtgenuß auf die Dauer der Ehe zusteht[548]). — Die retentio propter res donatas bezog sich namentlich auf unerlaubte Schenkungen unter Ehegatten und ward dem Ehemanne wohl in denselben Fällen gestattet, in welchen ihm eine vindicatio oder condictio der Schenkung halber gegen die Frau zustand[549]), und, daß man auch hier die Bereicherung des anderen Ehegatten durch die gemachte Schenkung im Auge gehabt habe, besagen mehrere sehr deutlich spre-

---

541) L. 4. D. 23. 3.

542) L. 5. §. 2. D. 25. 1.

542a) L. 7. §. 1. D. 25. 1. Zu den nützlichen Auslagen gehören auch die auf Sachen, welche zum Verkauf stehen, gemachten Auslagen. L. 10. pr. D. 25. 1.

543) L. 79. §. 1. D. 50. 16. L. 7. §. 1. D. 25. 1. L. 8. D. ibid. L. un. §. 5. C. 5. 13. Die beiden letzten Stellen sprechen von einer deductio, welche vom Standpuncte des Pandectenrechtes aus weder mit der Compensation, noch mit der Retention verwechselt werden darf. Vergl. Caii inst. IV. §. 61—68. Valett, practisch theoretische Abhandlungen S. 49.

544) L. 79. §. 2. D. 50. 16. L. 7. pr. D. 25. 1. Ulp. fr. 6. 17.

545) L. 11. pr. D. 25. 1.

546) L. 9. D. 25. 1. L. 43. §. 1. D. 30. — L. un. §. 5. C. 5. 13. spricht von einer deductio. Die neueren Gelehrten bezeichnen dieses Recht des Mannes mit dem Namen ius tollendi.

547) L. 9. D. 25. 1.

548) L. 16. D. 25. 1.

549) L. 5. §. 18. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 6. D. ibid. L. 19. §. 1. D. ibid.

chende Zeugnisse der classischen Juristen[550]). Dieses Abzugsrecht geht zweifelsohne auf die Erben des Mannes über[551]) und ist so wesentlich in der Natur der Ehe begründet, daß Verträge, wodurch sich der Mann desselben begibt, für null und nichtig erachtet werden[552]). — Die retentio ob res amotas beruhete wohl auf denselben Grundsätzen, welche von der rerum amotarum actio galten[553]). Dazu gehört aber nicht allein, daß der Diebstahl von der Ehefrau in Absicht auf die Scheidung vorgenommen[554]), sondern auch, daß diese wirklich erfolgt sei[555]). Der Anspruch auf die Retention geht auch auf des Mannes Erben über[556]) und kann selbst durch den Verzicht des Ehemannes nicht erlöschen, es müßte denn dieser Verzicht nach der Scheidung von ihm geleistet worden sein[557]). — Für die Zeit der Rückgabe des Heurathsgutes ist in der rei uxoriae actio im vorjustinianischen Rechte Folgendes bestimmt. Alle vertretbaren Dotalsachen werden in einem Zeitraume von drei vollen Jahren in einjährigen Terminen zurückerstattet (annua, bima, trima die)[558]). Demnach wurde der Betrag der fungibeln Sachen auf drei gleiche Raten (pensiones) vertheilt und am Schlusse jedes Jahres abgetragen[559]). Alle anderen Dotalsachen wurden sofort zurückgegeben[560]). Eine Ausnahme erlitten diese Regeln nur dann, wenn der Ehemann die Ehefrau schlecht behandelt hatte. Im Fall des Ehebruches mußte der Ehemann die Sachen, die erst binnen drei Jahren gewöhnlich zurückerstattet werden, sofort zurückgeben; im Falle geringerer Vergehen in einem Termine von sechs Monaten[561]). Andere Dotalsachen wurden zwar auch sofort zurückgegeben,

---

550) L. 7. §. 1. D. 24. 1. L. 50. pr. D. ibid.
551) L. 15. §. 1. D. 24. 3.
552) L. 5. §. 1. D. 23. 4.
553) L. un. §. 5. C. 5. 13.
554) L. 1. C. rerum amotarum. (5. 21.) L. 6. C. de compensationibus. (4. 31.) L. 6. §. 1. D. rerum amotarum. (25. 2.) L. 17. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 11. §. 1. D. ibid. L. 20. D. ibid. L. 21. pr. D. ibid. L. 2. u. 3. C. 5. 21.
555) L. 25. D. 25. 2. L. 30. D. ibid. L. 1. D. ibid. L. 3. C. 5. 21.
556) L. 6. §. 3. D. 25. 2. L. 21. §. 5. D. ibid. L. 15. §. 1. D. 24. 3.
557) L. 5. §. 1. D. 23. 4. L. 20. pr. D. ibid.
558) Ulp. fr. 6. §. 8. u. 13. L. un. §. 7. C. 5. 13. Fr. Vat. §. 97.
559) Es ergibt sich dieß aus folgenden Stellen, welche die Erklärung der Worte annua, bima, trima enthalten: L. 3. §. 14. D. de statuliberis. (40. 7.) L. 8. §. 3. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 49. §. 1. D. 30. L. 3. pr. u. §. 5. D. de annuis legatis. (33. 1.)
560) Ulp. fr. 6. 8. L. un. §. 7. C. 5. 13.
561) Ulp. fr. 6. 13. Die Worte senum mensum die erklären Niebuhr, römische Geschichte Th. 2. S. 438, Schrader in Hugo's civilistischem Magazine Bd. 3. S. 180 so: das eine Drittheil des Heurathsgutes werde sogleich gezahlt, die anderen Drittheile in Terminen von sechs zu sechs Monaten. Vgl. auch Wächter über Ehescheidungen S. 166 flg. Diese Erklärung tritt aber mit den Sprachgesetzen in Widerspruch. Auch kommt bei der Niebuhr'schen Erklärung erst dann eine Gleichheit zwischen den Strafen des Mannes und der Frau wegen der mores heraus, wenn man zugleich an-

aber außerdem mußte der Ehemann zur Strafe seines Vergehens noch so viel von den aus dem Heurathsgute gewonnenen Früchten herausgeben, als die Früchte der Zeit betragen haben würden, um welche der Theil des Heurathsgutes, welcher in vertretbaren Sachen besteht, des Vergehens halber früher als gewöhnlich zurückgezahlt wird. Diese Termine konnten auch nicht zum Nachtheile der Ehefrau verlängert werden[562]), wenn schon ihre Verkürzung zum Vortheile derselben erlaubt war[563]). Im Justinianischen Rechte, wo die rei uxoriae actio, die Retentionen und die angeführten jährigen Termine für die Rückzahlung des Heurathsgutes ausdrücklich aufgehoben sind, finden sich diese Rechtsinstitute und die von ihnen geltenden Rechtssätze nur an wenigen Stellen erwähnt.

Das heut zu Tage giltige Recht ist aus const. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa (5. 13.) und ihrem Zusammenhange mit den in den Justinianischen Pandecten enthaltenen Rechtssätzen zu entnehmen. Um dasselbe zu detailliren, ist es nothwendig, die Absicht, welche Justinian bei der Bekanntmachung des neuen Gesetzes hatte, genauer zu erörtern. Zunächst gedenkt derselbe die alte rei uxoriae actio ganz und gar aufzuheben[564]) und an deren Stelle die ex stipulatu actio zu setzen, in der Maße, daß die Grundsätze, welche den Richter bei der Entscheidung der ersteren leiteten, auf die letztere übertragen werden sollten, natürlich mit mehreren oder minderen Modificationen, welche an den angeführten Stellen ausdrücklich angegeben werden. Zunächst verfügte er, daß die ex stipulatu actio die allgemeine und einizige Klage sein sollte, welche zum Behufe der Restitution des Heurathsgutes von der Ehefrau und deren Erben angestellt werden könnte[565]). Dabei soll es auch gleichgiltig sein, ob das Versprechen, die Restitution des Heurathsgutes zu bewirken, wirklich in die Stipulationsform eingekleidet worden ist oder nicht, und selbst, wenn die deshalb abgegebene Stipulation nach dem bestehenden Rechte ungiltig ist (inutilis stipulatio), so soll dieß doch so angesehen werden, als ob sie rechtsgiltig wäre[566]). Ja wenn gar kein ausdrückliches Versprechen erfolgt ist, so wird angenommen, daß die Frau sich die Rückgabe des Heurathsgutes vom Ehemanne durch Stipulation habe versprechen lassen[567]). Eine Ausnahme soll dann stattfinden, wenn ein

---

nimmt, der jährliche Zinsfuß habe $\frac{1}{12}$ des Capitals betragen. Das ist aber für die Zeiten, in welchen die rei uxoriae actio entstand, völlig grundlos und widerspricht den Zeugnissen alter Schriftsteller.

562) L. 16. D. 23. 4. L. 14. D. ibid.

563) L. 14. u. 15. D. 23. 4.

564) §. 29. J. de actionibus. (4. 6.) Cod. 5. 13. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. L. un. §. 2. C. ibid.

565) Darauf deutet die ganze Darstellung der Sache in L. un. §. 1 u. 2. C. 5. 13. §. 29. J. 4. 6.

566) L. un. pr. u. §. 13. C. 5. 13.

567) L. un. pr. C. 5. 13. Ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam. §. 13. Tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse.

extraneus, d. h. ein Dritter, welcher kein männlicher Abscendent von väterlicher Seite ist und die Frau nicht in der väterlichen Gewalt, aber die dos bestellt hat, sich die Rückgabe derselben ausdrücklich hat versprechen lassen [568]). Diese Vorschriften ergeben deutlich, daß die ex stipulatu actio nach Justinians Absicht die einzige Dotalklage sein solle. Mit dieser Klage soll ferner zum größeren Schutze der Frau eine stillschweigende Hypothek an allen Gütern des Ehemannes verbunden sein, selbst dann, wenn gar nichts darüber in den Ehepacten ausgemacht ist [569]); denn es war die Absicht des Kaisers, für die Rückgabe des Heurathsgutes den Erfolg herbeizuführen, welcher zu erwarten stand, wenn die Dotalurkunden von den einsichtsvollsten Leuten errichtet worden wären. Auch soll der ex stipulatu actio die Natur der bonae fidei actio ertheilt werden, was offenbar aus der Analogie der rei uxoriae actio zu erklären ist [570]). Dem Ehemanne soll hierbei, gleichwie in der rei uxoriae actio, die Rechtswohlthat der Competenz zu statten kommen, freilich nur unter zwei Voraussetzungen: a) daß er sich selbst nicht in dolo befindet, b) daß er verspricht, den Rest nachzuzahlen, wenn er zu besseren Vermögensumständen kommen werde [571]). Das Object der neuen Dotalklage ist die Rückgabe des Heurathsgutes, ohne Unterschied, ob es in vertretbaren Sachen besteht oder nicht, und ob die Dotalgegenstände taxirt sind oder nicht [572]). Ueber den Fruchterwerb aus den Dotalsachen und die Sclavenkinder sollen die Grundsätze des alten Rechtes gelten [573]). Ingleichen sollen die Früchte des letzten Jahres nach den Regeln des alten Rechtes zwischen Mann und Frau getheilt werden [574]). Die Rückgabe des Heurathsgutes geschieht aber nicht mehr, wie es früher bei vertretbaren Sachen der Fall war, in einem Zeitraume von 3 Jahren in drei jährigen Terminen, sondern alle beweglichen und unkörperlichen Dotalsachen werden innerhalb eines Termins von einem Jahre, von der Trennung der Ehe an gerechnet, zurückerstattet; unbewegliche Dotalsachen aber sofort bei der Trennung der Ehe [575]): ganz so, wie dieß früherhin bei der ex stipulatu und rei uxoriae actio der Fall war. Macht sich der Ehemann eines Verzuges schuldig, so soll er die aus den Dotalgrundstücken gezogenen Früchte, von der Trennung der Ehe an gerechnet, der Frau zurückgeben, von den beweglichen und unkörperlichen Dotalsachen nach dem Verhältniß ihrer Taxe Zinsen entrichten, deren Höhe der Kaiser selbst

---

568) L. un. §. 13. C. 5. 13. Denn zu Gunsten des väterlichen Abscendenten, welcher die Frau in der Gewalt hat, ebenfalls findet die Fiction der Stipulation statt. Vgl. Löhr über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte im Archiv für civ. Praxis Th. 5. S. 296, 297.

569) L. un. §. 1. C. 5. 13.

570) L. un. §. 2. C. 5. 13. §. 29. J. 4. 6.

571) L. un. §. 7. C. 5. 13.

572) L. un. §. 7 u. 9. C. 5. 13.

573) L. un. §. 9. C. 5. 13.

574) L. un. §. 9. C. 5. 13.

575) L. un. §. 7. C. 5. 13.

auf vier Procent bestimmt[576]). Die Analogie von Grundstücken soll indeß auch für bewegliche Sachen entscheidend sein, welche einen bestimmten, wiederkehrenden Fruchtertrag abwerfen, z. B. für Schiffe oder Lastthiere, welche vermiethet werden; für Sclaven, deren Dienste verpachtet werden; für jährliche Brotrenten u. s. w. Hier tritt keine Taxe ein, sondern es werden vielmehr die aus den Sachen gezogenen Früchte zurückerstattet. Das Verbot der Veräußerung der Dotalgrundstücke, welches aus der lex Iulia herrührt, soll auch nach der Einführung der ex stipulatu actio noch gelten[577]). Doch soll es nicht allein bei italischen, sondern auch bei Provincialgrundstücken in Wirkung treten und sich nicht allein auf die Alienation erstrecken, sondern auch auf die Verpfändung beziehen, selbst dann, wenn diese unter Einwilligung der Ehefrau geschieht. Auf Dotalgrundstücke, welche unter einer Taxe dem Ehemanne übergeben worden sind, soll es nicht bezogen werden. Das Recht, das Heurathsgut einzuklagen, soll im Allgemeinen nach denselben Regeln beurtheilt werden, welche im früheren Rechte von der rei uxoriae actio galten. Ist also die Tochter zur Zeit, wo die Ehe getrennt wird, noch in der väterlichen Gewalt, so fordert der Vater mit Einwilligung und unter Beitritt seiner noch lebenden Tochter das Heurathsgut zurück. Stirbt der Vater nach der Litiscontestation, so wird die Klage in der Person der Tochter consolidirt und die Erben des Vaters kommen gar nicht in Betracht[578]). Ferner soll die Tochter, wie bei der rei uxoriae actio, die profecticia dos, auch wenn sie der Vater enterbt, oder mit Anderen zugleich zu Erben einsetzt oder emancipirt, ganz allein erhalten, dafür aber auch verpflichtet sein, sie zu conferiren und sich in den Pflichttheil einrechnen zu lassen[579]). Endlich soll in Abweichung von den bei der rei uxoriae actio geltenden Grundsätzen die ex stipulatu actio auch ohne Verzug des Mannes auf die Erben der Ehefrau übergehen[580]) und der Ehemann nicht mehr, wie früher, zum Nachtheile der Erben der Frau befugt sein, wenn dieselbe während der Dauer der Ehe verstirbt, ihre adventicia dos zu lucriren, da diese nach des Kaisers ausdrücklicher Vorschrift sammt dem übrigen Vermögen der Frau den letzteren verfällt[581]). Aufgehoben sind in der ex stipulatu actio die bei rei uxoriae actio geltenden Retentionsgründe[582]), und zwar die retentio propter mores, weil dem Manne wegen unsittlichen Betragens der Frau ein anderes Rechtsmittel

---

576) L. un. §. 7. C. 5. 13. Diese Stelle deutet zugleich an, daß die Verzugszinsen bei der neuen ex stipulatu actio nur deshalb eintreten, weil ihr die Natur der bonae fidei actio verliehen worden ist. Vgl. L. 32. §. 2. D. de usuris et fructibus. (22. 1.)

577) L. un. §. 15. C. 5. 13.

578) L. un. §. 14. C. 5. 13.

579) L. un. §. 11 u. 12. C. 5. 13.

580) L. un. §. 4. C. 5. 13.

581) L. un. §. 6. C. 5. 13.

582) L. un. §. 5. C. 5. 13.

durch die kaiserlichen Constitutionen gewährt worden ist; die retentio propter res donatas, da der Schenker mit der directa oder utilis in rem actio oder mit der condictio seine Ansprüche an die Frau geltend machen kann; die retentio propter res amotas, da dem Ehemanne die rerum amotarum actio aus diesem Grunde zusteht; die retentio propter liberos, damit die Ehemänner nicht Vergehen ihrer Frauen fälschlich vorgeben, um so mehr, da es ja schon durch andere kaiserliche Constitutionen bestimmt worden, wie das unsittliche Betragen der Ehefrau geahndet werden solle; die retentio propter impensas, weil auch sie nicht gerade nothwendig erschien. Doch dauert in Bezug auf die necessariae impensae auch nach Justinians Gesetze immer noch der Grundsatz fort: ipso iure dotem minuunt[583]). Und dieß ist der Grund, warum selbst nach Aufhebung der alten Retentionen die dos in der ex stipulatu actio durch eine Art von Retention gemindert werden kann. Die neueren Rechtsgelehrten streiten darüber, ob dieß von einer bloßen Compensation, oder vom eigentlichen Retentionsrechte zu verstehen sei. Der ersteren Meinung sind Schulting und Valett[584]) zugethan, der andern Maranus und Maiansius[585]). Für die utiles impensae, welche nach älterem Rechte bei der rei uxoriae actio nicht anders retinirt werden konnten, als wenn sie mit ausdrücklicher Bewilligung der Ehefrau gemacht worden, wurde vom Kaiser festgesetzt, daß, wenn die Frau ihre Einwilligung zur Verwendung gegeben, dem Ehemanne die mandati actio gegen die Ehefrau gestattet werden solle. Fehlt die Einwilligung der Ehefrau, so steht dem Ehemanne die actio negotiorum gestorum contraria zu, inwiefern dieselbe nach den Grundsätzen, welche von dieser Klage gelten, überhaupt gestattet werden kann[586]). Für die voluptuariae impensae bleibt dem Ehemanne das ius tollendi vorbehalten, freilich mit der Beschränkung, daß durch die Ausübung desselben die Substanz der Sache nicht leide[587]). Endlich ist in der neuen ex stipulatu actio auch die Vorschrift des prätorischen Edictes de alteroutro aufgehoben und festgesetzt worden, daß die Ehefrau außer dem Heurathsgute auch die ihr von dem Ehemanne ausgesetzten Legate erhalten solle, es müßte denn der Erblasser ausdrücklich erklärt haben, daß er ihr dieselben anstatt des Heurathsgutes hinterlasse. Dieß deshalb, weil es klar und deutlich sei, daß, wenn eine solche Erklärung nicht hinzugefügt ist, der Erblasser gewollt habe, es solle ihr Beides, sowohl die dos, als auch das Vermächtniß, ausgezahlt werden[588]).

Noch wird es nöthig sein, am Schlusse dieser Abhandlung die einzelnen Rechtsmittel zusammenzustellen, welche der Ehefrau zur grö-

---

583) L. un. §. 5. C. 5. 13. §. 37. J. 4. 6.

584) Schulting ad Ulp. fr. 6. §. 9. in I. A. p. 543. Valett, practisch-theoretische Abhandlungen Bd. 1. S. 55—62.

585) Vgl. Maranus paratitla ad Pand. tit. de impensis in res dotales factis. Maiansius disputationum iuris civilis tom. I. p. 432.

586) L. un. §. 5. C. 5. 13.

587) L. un. §. 5. C. 5. 13.

588) L. un. §. 3. C. 5. 13.

ßeren Sicherheit ihrer Dotalforderung nach römisch-justinianischem Rechte zustehen. Es sind folgende: 1) das privilegium dotis[589]), d. h. ein Vorzugsrecht der Ehefrau in Betreff ihrer Dotalforderung vor den Gläubigern des Ehemannes. Dieses Privilegium erstreckt sich auf alle Ansprüche, welche mit der de dote actio realisirt werden können[590]), und wird auch der Braut gestattet, wenn sie in Erwartung künftiger Ehe dem Bräutigam ein Heurathsgut übergeben hat und nachher die Ehe nicht vollzogen worden ist[591]), ja es wird sogar auch auf die putative Ehefrau[592]) und diejenige ausgedehnt, welche vor der Erreichung der Pubertät geheurathet und sich von ihrem Manne getrennt hat[593]). Das Vorrecht hat seinen Grund in der Begünstigung des Heurathsgutes, welches man deshalb auf alle Weise den Frauen zu erhalten suchte, weil man es für ein Hauptmittel ansah, die Frauen anderwärts zu verheurathen[594]). Es steht aber der Frau nur so lange zu, als die dos noch im alten Zustande vorhanden ist, und geht durch eine über die Dotalforderung eingegangene Novation verloren[595]); auf die Erben der Frau geht es nicht über, da es nur in dem persönlichen Verhältnisse der Frau seinen Grund hat[596]); auch steht es, da es nur eine Begünstigung der persönlichen Dotalklage ist[597]), allen Ansprüchen hypothecarischer Gläubiger nach[598]). 2) Die in bona missio dotis servandae causa, d. h. eine Einweisung in den Besitz aller Güter des Ehemannes durch den Prätor. Sie wird in dem classischen Pandectenrechte nur beiläufig erwähnt[599]) und scheint im Justinianischen Rechte, wo ihr Wesen nirgends erörtert wird, dadurch überflüssig gemacht worden zu sein, daß der Frau größere Sicherheit für die Rückgabe des Heurathsgutes durch die Ertheilung der stillschweigenden Hypothek gewährt worden ist. Jedenfalls hängt es aber mit dieser Mission zusammen, wenn im Justinianischen Codex das Verbot bestätigt wird, der Ehefrau für ihre Dotalforderung die Gütermasse des Ehemannes zuzusprechen (addici) oder an Zahlungsstatt hinzugeben (in solutum dari)[600]). 3) Die Beschlagnahme von Sachen des Ehemannes während der Dauer der Ehe, im Falle der Verarmung desselben

---

589) L. 17. §. 1. D. 42. 5. L. 19. pr. D. ibid. L. 74. D. 23. 3. L. un. C. 7. 74.

590) L. un. C. 7. 74.

591) L. 17. §. 1. D. 42. 5. L. 74. D. 23. 3.

592) L. 22. §. 13. D. 24. 3.

593) L. 17. §. 1. D. 42. 5. L. 74. D. 23. 3.

594) L. 18. D. 42. 5. L. 2. D. 23. 3. L. 1. D. 24. 3.

595) L. 29. D. de novationibus. (46. 2.)

596) L. un. C. 7. 74.

597) L. 74. D. 23. 3.

598) L. 9. C. qui potiores in pignore. (8. 18.)

599) L. 9. D. de rei vind. (6. 1.) L. 15. §. 4. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.) L. 26. §. 1. D. ad municipalem. (50. 1.)

600) L. un. C. 5. 22. Ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur, id est in solutum dentur.

ben. Nach einer Verordnung Justinians[601]) kann nämlich die Ehefrau im angeführten Falle auch während der Dauer der Ehe sich in den Besitz aller, ihr für das Heurathsgut, die ante nuptias donatio und ihre Paraphernen ausdrücklich verpfändeten Güter des Ehemannes setzen und aus den Früchten derselben sich, ihren Mann und ihre Kinder ernähren. Ein Verkaufsrecht wird ihr aber an diesen Sachen auf die Dauer der Ehe nicht eingeräumt. Zur Erlangung dieses Besitzes werden ihr dieselben Klagen während der Dauer der Ehe gestattet, welche sie nach der Trennung derselben zu gleichem Zwecke gegen den Ehemann und dritte Besitzer hätte anstellen können, und zum Schutze dieses Besitzes wird ihr gegen die Klagen der späteren Pfandgläubiger des Ehemannes eine exceptio zugestanden, deren Zweck ist, die Abweisung dieser Klagen zu erwirken. Aus dieser Exception haben die neueren Practiker ein Retentionsrecht gemacht, welches die Frau im angeführten Falle an den Sachen des Ehemannes wegen ihrer Ansprüche auf das Heurathsgut, die ante nuptias donatio und die Paraphernen haben soll[602]). Schon Giphanius hat den Irrthum aufgedeckt und gerügt[603]), doch wird die falsche Meinung noch von Glück vertheidigt. 4) Das Vindicationsrecht. Die einzelnen noch vorhandenen Dotalsachen kann die Frau von dem Augenblicke an, wo sie überhaupt die Rückgabe derselben verlangen darf, mit einer in rem actio von jedem Besitzer derselben vindiciren, gleich als wenn sie von Anfang an in ihrem Eigenthume verblieben wären[604]). Dabei ist es gleichgiltig, ob die Dotalsachen beweglich oder unbeweglich, ob sie unter einer Taxe oder ohne dieselbe übergeben worden sind, und jedem der Gläubiger des Ehemannes ist es ausdrücklich untersagt, ein Pfandrecht an denselben geltend zu machen, weil zu Gunsten der Ehefrau angenommen wird, daß diese Sachen stets in ihrem Eigenthume verblieben seien. Nach den Worten der Justinianischen Constitution steht dieses Recht der Ehefrau in der Regel nur nach getrennter Ehe zu; während der Dauer der Ehe nur dann, wenn der Ehemann verarmt[605]). Vermöge desselben, welches natürlich auch auf die Erben der Frau übergeht[606]), erscheint diese als Separatistin im Concurse des Ehemannes, so daß ihre noch vorhandenen Dotalsachen weder vom Fiscus[607]), noch von Anderen[608]) wegen Ansprüchen an

---

601) L. 29. C. 5. 12. Vergl. Glück a. a. O. Th. 27. S. 182—186. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 371—373.

602) Siehe die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 27. S. 184—186.

603) Explanatio difficiliorum legum Codicis p. 421. Diese Meinung bestätigt sich auch durch die ganze Art und Weise, wie der Kaiser in L. 30. C. 5. 12. den Hauptinhalt der angeführten L. 29. wiedergibt.

604) L. 30. C. 5. 12. Nov. 101. c. 1. Vergl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 27. S. 180 und Buchholz, juristische Abhandlungen Nr. 11. S. 180.

605) L. 30. C. 5. 12. coll. c. 29. C. ibid.

606) Nov. 91. c. 1.

607) L. 1. D. de privilegio fisci. (7.73.) L. 2. C. ne uxor pro marito. (4.12.)

608) L. 1. C. ad legem Iuliam de vi publica. (9. 12.)

den Ehemann mit Beschlag belegt werden können. Mit diesem Vindicationsrechte hängt auch die Verordnung zusammen, daß die Besitzer von Dotalsachen sich gegen die Eigenthumsklagen der Ehefrau nicht anders mit der Einrede der Verjährung schützen können, als wenn der Anfang derselben von der Zeit an gerechnet wird, wo die Frau ihre Klage hätte anstellen können, d. h. nach getrennter Ehe oder während der Dauer derselben von dem Augenblicke an, wo der Ehemann verarmt ist[609]; eine Verordnung, aus welcher man wohl nur mit Unrecht die Regel hat ableiten wollen, daß Dotalsachen während der Dauer der Ehe unverjährbar seien. 5) Das Pfandrecht. In allen Fällen, in welchen der Ehefrau das Vindicationsrecht zusteht, hat dieselbe auch ein specielles Pfandrecht an den vorhandenen Dotalsachen, welches sie zur Anstellung der hypothecaria actio berechtigt und mit dem genannten Vindicationsrechte elective concurrirt[610]. Dieses Pfandrecht geht allen Ansprüchen der früheren Gläubiger des Ehemannes vor und kann in der Regel nur nach der Trennung der Ehe geltend gemacht werden; während der Dauer der Ehe nur dann, wenn der Ehemann verarmt ist[611]. Außer dieser speciellen Hypothek hat die Frau aber auch wegen ihrer Dotalansprüche[612] in allen Fällen, wo sie die ex stipulatu actio des neueren Rechtes anstellen kann, um die Rückgabe des Heurathsgutes zu erzwingen, eine generelle stillschweigende Hypothek, ohne Unterschied, ob es von der Frau selbst oder von einem Anderen herrührt, und ob der Ehemann dasselbe selbst, oder durch einen Anderen erhalten hat[613]. Als Gegenstand der Hypothek wird das sämmtliche Vermögen des Mannes genannt[614]. Es würde demnach wohl unrichtig sein, wenn man sie auch auf das Vermögen des Schwiegervaters, welcher den Ehemann in der väterlichen Gewalt hat, ausdehnen wollte, im Falle der Erstere das Heurathsgut erhält. Jedenfalls geht die Hypothek auch auf die Erben der Frau über, wenn sie die ex stipulatu actio wegen der Restitution des Heurathsgutes anstellen, da die stillschweigende Hypothek mit dieser Klage unzertrennlich verbunden ist[615]. Abzusprechen ist sie aber dem Dritten, welcher für die Ehefrau ein Heurathsgut bestellt und sich dessen Rückfall nach getrennter Ehe ausdrücklich durch pactum oder Stipulation

---

609) L. 30. C. 5. 12. Vgl. Buchholtz, juristische Abhandlungen S. 180—184.

610) L. 30. C. 5. 12. Vgl. Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Th. 1. §. 80. S. 264, 265. Daß dieses Pfandrecht auch auf die Kinder der Frau übergeht, sagt Nov. 92. c. 1. Vgl. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 5. S. 295.

611) L. 30. C. 5. 12. coll. const. 29. C. ibid.

612) Dieß ergibt sich daraus, daß die neuere ex stipulatu actio nach Justinians eignen Worten stets mit der stillschweigenden Hypothek verbunden ist. L. un. §. 1. C. 5. 13. L. 12. §. 1. C. qui potiores in pignore. (8. 18.) §. 29. J. 4. 6.

613) L. un. §. 1. C. 5. 13.

614) L. un. §. 1. C. 5. 13. L. 12. §. 1. C. 8. 18. Nov. 97. c. 2. In allen diesen Stellen ist nur vom Vermögen des Ehemannes die Rede.

615) §. 29. J. 4. 6.

versprechen läßt[616]). In einer späteren Verordnung hat Kaiser Justinian diese Hypothek mit einem Vorzugsrechte (privilegium) vor den hypothekarischen Gläubigern des Ehemannes in dem Falle versehen, wenn die Ehefrau von ihrer Hypothek Gebrauch macht[617]). Daß dieses Privilegium ein nur persönliches Vorzugsrecht sei, ergibt sich theils daraus, daß dessen Ertheilung durch die Dienste der Frauen gegen ihre Männer und durch das Gefährliche der Geburtsstunde gerechtfertigt wird[618]); ferner daraus, daß es mit dem gesetzlich anerkannten Vorzugsrechte des Heurathsgutes (privilegium dotis) verglichen wird, welches bekanntlich nicht auf die Erben der Frau übergeht[619]); daß in allen Stellen, in welchen vom hypothekarischen Vorzugsrechte gesprochen wird, nur von der Frau allein die Rede ist[620]), und daß es unter allen Erben der Frau ausnahmsweise nur ihren Kindern dann gestattet wird, wenn ihre Mutter, ehe sie die Dotalansprüche geltend machen konnte, verstorben ist und sie mit der zweiten Frau ihres Vaters, die dessen Güter wegen ihres Heurathsgutes in Anspruch nimmt, in ihren Ansprüchen auf das väterliche Vermögen concurriren[621]); — ein Fall, in welchem dieselben das Vorzugsrecht der mütterlichen Hypothek gerade so geltend machen können, als wenn ihre Mutter noch am Leben wäre[622]). Vermöge dieses der Hypothek verliehenen Vorzugsrechtes geht die Frau und deren Kinder allen ältern Pfandgläubigern des Mannes vor[623]), ohne Unterschied, ob dieselben ein ausdrückliches oder stillschweigendes Pfandrecht haben, und sie kommt dadurch in gleichen Rang mit den übrigen privilegirten Hypotheken, welche sie nur durch ihr höheres Alter überwindet[624]). Nur in dem Falle steht sie nach, wenn Jemand Geld zum Ankaufe eines Amtes (militia) vorgeschossen, und in dem darüber ausgefertigten und von Zeugen unterschriebenem Documente eine Hypothek an dem Amte sich hat bestellen lassen, mit dem Zusatze, daß er bezüglich derselben allen übrigen Gläubiger vorgehen solle[625]). Eine spätere Verordnung Justinians hat die genannte stillschweigende Hypothek und die mit derselben verbundenen Vorzugsrechte den ketzerischen Frauen

---

616) Arg. L. un. §. 13. C. 5. 13.

617) L. 12. §. 1. C. 8. 18. Nov. 97. cap. 2 u. 4. Nov. 109. c. 1.

618) L. 12. §. 1. C. 8. 18. Vergl. Löhr a. a. O. Th. 5. S. 300 bis 312.

619) L. un. C. de privilegio dotis. (7. 74.)

620) §. 29. J. 4. 6. Nov. 61. cap. 1. in fin. Nov. 97. c. 4. Nov. 109. c. 1.

621) L. 12. §. 1. C. 8. 18. Nov. 91. praef. u. c. 1. Manche geben dieses Privilegium den Kindern in allen Fällen, in welchen es die Mutter hat. Siehe dagegen Löhr a. a. O. Th. 5. S. 310—312.

622) L. 12. §. 1. C. 8. 18. Nov. 91. praef., c. 1.

623) L. 12. §. 1. C. 8. 18. Nov. 97. c. 2 u. 4. Nov. 109. c. 1.

624) Nov. 97. c. 3. Nach demselben Grundsatze geht bekanntlich die erste Frau mit ihrem Heurathsgute den Ansprüchen der zweiten aus gleichem Grunde vor. L. 12. §. 1. in fin. C. 8. 18.

625) Nov. 97. c. 4. Vergl. Tigerström, Dotalrecht Th. 2. S. 387 bis 389.

abgesprochen und den Grundsatz aufgestellt, daß sie nur den rechtgläubigen Ehefrauen zu statten kommen sollen[626]). Deshalb können wohl auch jüdische Ehefrauen keinen Gebrauch davon machen, wenn gleich die meisten Practiker anderer Meinung sind[627]). Bestritten ist unter den neueren Juristen auch die Frage, ob das privilegirte Pfandrecht auch der putativen Ehefrau, der Braut, welche in Erwartung künftiger Ehe dem Bräutigam Sachen als Heurathsgut hingibt, und der noch unreifen Frau, deren Ehe vor Erreichung des Pubertätstermines getrennt wird, zu statten komme[628]). Der putativen Ehefrau gesteht man es gewöhnlich deshalb zu, weil nach der teutschen Praxis die Vortheile der wirklichen Ehe dem unschuldigen Theile in der vermeintlichen Ehe zu Gute kommen; der Braut deshalb, weil auch ihr das privilegium dotis zugesprochen wird[629]) und das Vorzugsrecht der Hypothek nur als eine Ausdehnung jenes privilegium erscheint[630]); der noch nicht körperlich reifen Ehefrau deshalb, weil sie in Bezug auf das privilegium dotis der Braut gleichgesetzt worden ist[631]).

Heimbach.

Brautgeschenke[1]) (sponsalitia largitas, sponsalia, pignora arrhae genannt)[2]) heißen Geschenke, welche rechtsgiltig verlobte Personen mit Rücksicht auf das abgeschlossene Verlöbniß einander machen. Schon dem älteren Rechte sind solche Geschenke bekannt und wenigstens insofern begünstigt, als Braut und Bräutigam zu den von der lex Cincia ausdrücklich ausgenommenen Personen gehören[3]). Solche Geschenke konnten unbedingt gemacht werden[4]), auch konnte der Nichtabschluß der Ehe als Resolutivbedingung hinzutreten[5]); dagegen durfte der Abschluß der Ehe in den Schenkungsvertrag nicht als Suspensivbedingung eingesetzt werden[6]). Solche Geschenke kommen schon zu den

---

626) Nov. 109. c. 1.

627) Siehe die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 19. S. 118—120. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 397. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes S. 322.

628) Vgl. Tigerström a. a. O. Th. 2. S. 401—403. Sintenis, Pfandrecht S. 317—323.

629) L. 17. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis. (42. 5.) L. 74. D. 23. 3.

630) L. 12. §. 1. C. 8. 18.

631) L. 17. §. 1. D. 42. 5. L. 18. D. ibid. L. 74. D. 23. 3.

1) Literatur: Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 24. S. 392 bis 411. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes bis auf Justinian Bd. 1. §. 146. S. 534—536. v. Löhr, von der propter nuptias donatio im Archiv für civilistische Praxis S. 445—450.

2) Vgl. Glück a. a. O. Bd. 23. S. 77. und Löhr a. a. O. Th. 15. S. 145.

3) Fr. Vat. §. 302.

4) Fr. Vat. §. 262. L. 1. §. 1. D. de donationibus. (39. 5.) L. 8—12. C. de donationibus ante nuptias. (5. 3.)

5) L. 1. §. 1. D. 39. 5.

6) L. 4. C. 5. 3. Daraus erklärt sich Fr. Vat. §. 262.

Zeiten des Paulus[7]), Alexander Severus[8]) und Diocletian[9]) als ein bestehendes Rechtsinstitut, vor und wurden gewöhnlich vom Bräutigam, seltner von der Braut[10]) gegeben. Zur Giltigkeit solcher Geschenke wurde verlangt, daß sie unter rechtsgiltig verlobten Personen gemacht seien[11]), und daß sie überhaupt vor der Ehe gemacht worden[12]). In der Regel waren sie, falls sie ohne Resolutivbedingung gemacht worden waren, nach den Grundsätzen, welche sich zur Zeit der classischen Juristen vorfinden, giltig[13]), und man sah gar nicht darauf, ob späterhin die Ehe unter den fraglichen Personen zu Stande kam oder nicht. Nur wenn die beabsichtigte Ehe durch die Schuld der Braut verhindert wurde, mußte die gemachte Schenkung wenigstens dann zurückerstattet werden, wenn sie sich weigerte mit dem, dessen Amt sie hinderte, ihn zu heurathen, nach der Niederlegung des Amtes die Ehe abzuschließen[14]). Falls der Nichtabschluß der Ehe als Resolutivbedingung zur Schenkung hinzutritt, wird die letztere zurückgegeben, wenn die beabsichtigte Ehe nicht erfolgt[15]). In der Regel blieb also der beschenkte Theil Eigenthümer der geschenkten Sache, wenn die Ehe abgeschlossen wurde[16]); auch wenn die Vollziehung der Ehe durch die Schuld des Bräutigams gehindert wurde, galt für die Braut dasselbe[17]), ja bis auf Constantin herab, wenn äußere Zufälligkeiten am Nichtabschlusse der Ehe Schuld waren[18]). Eine neue Aera für die Rechtssätze, nach welchen die Schenkungen unter Verlobten beurtheilt werden, hebt mit Constantin[18]) dem Großen an. Zuvörderst erklärt derselbe, daß er die Regel des alten Rechtes aufhebe: Schenkungen an die Braut sollen auch dann giltig sein, wenn die beabsichtigte Ehe nicht erfolgt, und verfügt, daß sie nur für den Fall, wenn der Bräutigam an der Nichtvollziehung der Ehe Schuld ist, in Giltigkeit verbleiben sollen. Liegt hingegen der Grund des Nichtabschlusses der Ehe in einer Handlung der Braut oder deren Eltern, falls sie in der Gewalt derselben sich befindet, so sollen die der Braut gemachten Geschenke an den Bräutigam oder dessen Erben unverzüglich zurückgegeben werden. Ein Gleiches soll aber auch bei Geschenken,

---

7) L. 38. pr. D. de ritu nuptiarum. (23. 2.)
8) L. 3. C. 5. 3.
9) L. 8. C. de praediis et aliis rebus minorum. (5. 71.)
10) L. 5. §. 1. Th. C. de sponsaliciis. (3. 5.) Aus dem Gesagten erklären sich Fr. Vat. §. 262. L. 38. pr. D. 23. 2. L. 16. C. 5. 3.
11) L. 5. C. 5. 3.
12) L. 6. C. 5. 3. Vgl. L. 27. D. de donat. inter virum et uxorem (24. 1.)
13) L. 1. §. 1. D. 39. 5. Fr. Vat. §. 262. L. 1—14. C. 5. 3.
14) L. 38. pr. D. 23. 2.
15) L. 1. §. 1. D. 39. 5. L. 7. C. 5. 3.
16) L. 8. 9. 12. u. 13. C. 5. 3. L. 2. Th. C. de secundis nuptiis. (3. 8.)
17) Fr. Vat. §. 262. L. 2. Th. C. 3. 5.
18) L. 2. Th. C. 3. 5. L. 10. u. 11. Iust. C. 5. 3.
19) L. 2. Th. C. 3. 5.

welche die Braut an den Bräutigam gemacht hat, gelten. Wird das Verlöbniß durch den Tod getrennt, so werden die Geschenke stets zurückgegeben; doch können die Erben des Schenkers nur dann die Schenkung widerrufen, wenn es Eltern oder Kinder des Verstorbenen sind. Diese Beschränkung ist durch ein späteres Gesetz Constantins wieder aufgehoben[20]) und das Rückforderungsrecht allen Erben des Verstorbenen ohne Unterschied zugestanden worden. Die gedachten Verordnungen sind auch in das Justinianische Recht übertragen worden[21]), freilich mit folgenden Abänderungen: a) Dem Falle, wenn der Bräutigam an der Nichtvollziehung der Ehe Schuld ist, wird der Fall gleichgesetzt, wenn seine Eltern den Eheconsens verweigern. b) Für den Fall, daß durch die Schuld des Bräutigams oder dessen Eltern die eheliche Verbindung verhindert wird, wird der Braut und deren Erben ausdrücklich das Eigenthum an den geschenkten Sachen vorbehalten. c) Wenn die Braut oder deren Eltern an der Nichtvollziehung der Ehe schuld sind, wird dem Bräutigam und dessen Erben geradezu die Condiction oder utilis in rem actio gestattet. Späterhin verfügte derselbe Constantin, daß, wenn der Bräutigam der Braut unter Ertheilung eines Kusses (interveniente osculo) eine Schenkung gemacht, die Hälfte des Geschenkes, falls das Verlöbniß durch den Tod getrennt würde, dem überlebenden Verlobten verbleiben, die andere Hälfte aber an die Erben des Verstorbenen zurückfallen solle[22]), während hingegen in dem Falle, wenn kein Kuß stattgefunden, die Schenkung durch den Tod des einen Verlobten ganz und gar vernichtet werden soll. Diese Verordnung ist auch in den Justinianischen Codex[23]) aufgenommen worden, und wird von den neueren Rechtsgelehrten auf ganz verschiedene Weise ausgelegt. Spangenberg[24]), welcher sich auf eine von Arnaud du Ferron[25]) citirte Stelle aus einer verloren gegangenen Schrift des Seneca stützt, erklärt: es beziehe sich diese Constitution des Constantin auf ein in Cordova und dessen Umgegend entstandenes Gewohnheitsrecht, nach welchem es dem Bräutigam nicht eher erlaubt gewesen sei, seine Braut zu küssen, als wenn sie vorher der Ceres ein feierliches Opfer dargebracht und ihr zu Ehren Hymnen gesungen hatten, und wenn derselbe die Braut ohne Zuziehung von acht Personen, die entweder Eltern oder Nachbarn sein mußten, geküßt habe, so habe sein Vater das Recht gehabt, sein Vermögen um das Drittheil zu kürzen. Mit diesem angeblichen Gewohnheitsrechte bringt der genannte Gelehrte die Inscription und Subscription der

20) L. 5. Th. C. 3. 5.
21) L. 15. u. 16. C. 5. 3.
22) L. 5. Th. C. 3. 5.
23) L. 16. C. 5. 3.
24) Im Aufsatze: in welchen Fällen können Brautgeschenke nach röm. Rechte zurückgefordert werden? im Archiv für civilistische Praxis Bd. 12. S. 269—274.
25) Arnoldi Ferronii consuetudines Burdigalenses (Lugdnni 1565. fol.) p. 111.

Constitution in Verbindung [26]), welche allerdings auf Spanien hinweisen. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß das Gesetz Constantins kein Rescript und durch die Aufnahme in den Theodosischen und Justinianischen Codex ein allgemeines, für das ganze römische Reich geltendes Gesetz geworden ist, was doch schwerlich erklärt werden könnte, wenn sich die Constitution auf eine nur spanische Sitte bezogen hätte. Zudem spricht die fragliche Constitution auch gar nicht von dem Falle, wenn der Bräutigam seine Braut geküßt hat, sondern nur davon, daß das Brautgeschenk interveniente osculo gegeben worden ist. Eine andere Erklärung versucht Klenze [27]), indem er sich darauf stützt, daß osculum die Bezeichnung eines Kusses sei, wie ihn die Cognaten bis zum Grade des Sobrinen als Zeichen der Liebe gegeben hätten, und daß bei den solennen Cognatengeschenken an Geburtstagen und anderen Festen dieses Zeichen hinzugetreten sei. Mithin, meint er, habe Constantin gewiß nur solche überall begünstigte Gaben der Liebe nicht einschränken wollen, und deshalb die donationes ante nuptias wenigstens zum Theile auch bei nicht erfolgter Ehe aufrecht erhalten, wenn die Verlobte das Geschenk als Cognatin bis zum Grade der Sobrine bekommen habe. Jedenfalls ist diese Erklärung viel zu künstlich, als daß sie allgemeinen Beifall verdiente; zudem ist von den Cognationsrechten in der Constitution nirgends die Rede, mithin die Beschränkung ihres Wortsinnes auf den Fall, daß die Verlobten mit einander verwandt sind, völlig willkürlich; endlich ist es auch ganz unverbürgt, ob das von Polybius [28]) erwähnte Kußrecht der Verwandten bis zu Constantin herab ununterbrochen fortgedauert habe. — Wenn die Braut die Ehe nicht abschließen will, so muß sie auch nach neuerem Rechte die Brautgeschenke zurückgeben, und zwar die arrha vierfach, falls ihr keine besonderen Entschuldigungsgründe zur Seite stehen. Diese Strafe wird zuerst von den Kaisern Gratian und Valentinian und Theodosius [29]) als etwas Bekanntes erwähnt und ihre Fortdauer vorausgesetzt. Zugleich verordnen die genannten Kaiser, daß beim Rücktritte der Braut, welche vor dem zehnten Jahre verlobt worden, nicht mehr als das Empfangene zurückerstattet werden solle; die Strafe des Vierfachen trifft aber ihren Vater oder jeden Anderen, der das Eheverlöbniß abgeschlossen hat, allein, wenn dieser den Vertrag abgeschlossen hat und das Verlöbniß vor dem Ablaufe des 11. Jahres der Braut gelöst wird. Hat die Braut das 12. Jahr bereits erreicht, so

---

26) Ad Tiberianum vicarium Hispaniarum. — Accepta XIII. Val. Mai. Hispali Nepotiano et Facundo coss.

27) Die Cognaten und Affinen, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6. S. 72.

28) Polybius lib. VI. bei Athen. XI. p. 440. ed. Schweigh. p. 454 u. 455.

29) L. 6. Th. C. 3. 5. L. 1. Th. C. si provinciae rector. (3. 6.) L. 1. Th. C. si nuptiae ex rescripto petantur. (3. 10.) Daß sich die Strafe aus einer alten Constitution herschreibt, bezeugt L. 6. §. 2. Th. C. 3. 5.

trifft die Strafe des vierfachen Ersatzes nur sie allein, es mag das Eheverlöbniß abgeschlossen sein, von wem es will[30]). In den Justinianischen Codex[31]) ist von dieser Verordnung nur so viel aufgenommen worden, daß die arrha zurückerstattet werden solle, wenn einer der Brautleute vor dem Abschlusse der Ehe verstirbt, es müßte denn der Verstorbene bereits vor seinem Tode den Grund zur Trennung des Verlöbnisses gegeben haben. Mit der eben erörterten Verordnung hängt auch eine andere derselben Kaiser zusammen, nach welcher, falls der Vorsteher einer Provinz sich mit einer Provinzialin während seiner Amtsdauer verlobt, es der Provinizalin oder deren Eltern freistehen soll, nicht allein das Verlöbniß zu jedem beliebigen Zeitpuncte aufzuheben, sondern auch die von dem Bräutigam gegebene arrha zu behalten[32]). Ein Gleiches soll auch dann stattfinden, wenn einer der Seinigen oder seiner Freunde, von ihm unterstützt, ein solches Verlöbniß abgeschlossen hat[33]). Diese Verordnung ist in den Justinianischen Codex aufgenommen worden[34]). Vereinfacht wurde die ganze Lehre durch eine Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius[35]), welche die Strafe des vierfachen Ersatzes aufhoben und dieselbe nur insofern noch fortbestehen ließen, als sie ausdrücklich verabredet worden worden war. An die Stelle dieser Strafe tritt von Seiten der Braut die des doppelten Ersatzes, falls sie nach der Vollendung des 25. Jahres oder nach der Ertheilung der venia aetatis die arrha empfangen hat; die des einfachen Ersatzes hingegen, wenn die Braut minderjährig ist. Eltern und Großeltern, welche im Namen ihrer Descendentin das Verlöbniß abgeschlossen haben, trifft stets die Strafe des doppelten Ersatzes. Vorausgesetzt indeß, daß die künftige Ehe unter den Verlobten weder durch Gesetz noch durch gute Sitten untersagt sei. Denn wenn dieß der Fall ist, wird nur das, was hingegeben worden, zurückerstattet. Der einfache Ersatz des Gegebenen soll auch dann als Regel gelten, wenn ein giltiger Grund vorhanden ist, die Ehe nicht abzuschließen, selbst wenn dieser Grund der Zeit nach älter ist, als das Verlöbniß, es müßte denn erwiesen werden können, daß der Grund dem Mädchen oder ihren Eltern im Augenblicke, wo die arrha gegeben wird, bekannt gewesen sei. Als gerechte Gründe, den Eheabschluß zu verweigern, gibt die angeführte Constitution folgende beispielsweise an: wenn der Bräutigam liederlich oder unkeusch lebt, oder Verschwender wird, oder einer anderen Religion oder Religionssecte zugethan ist oder seine Impotenz zu befürchten steht. Als Grund, den Abschluß der Ehe zu verweigern, läßt Justinian in einer späteren Verordnung auch den Eintritt ins Kloster gelten[36]). Für die Aufhebung des Verlöbnisses durch den erklärten

---

30) L. 6. Th. C. 3. 5.
31) L. 3. C. de sponsalibus. (5. 1.)
32) L. 1. Th. C. 3. 6.
33) L. 1. Th. C. 3. 6.
34) L. un. Iust. C. si rector provinciae. (5. 2.)
35) L. 5. C. de sponsalibus et arrhis sponsaliciis. (5. 1.)
36) L. 56. pr. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. 123. cap. 39.

Willen des Bräutigams sind die eben angeführten, von der Braut geltenden Grundsätze durch die Kaiser Leo und Anthemius ausdrücklich bestätigt worden[37]).

Aus dem Gesagten ergibt sich so viel als gewiß, daß für das Justinianische Recht folgende Grundsätze bei der Auflösung des Eheverlöbnisses für die Rückgabe der Brautgeschenke feststehen. Wird das Verlöbniß durch den Tod eines der Verlobten getrennt, so werden die Brautgeschenke jedenfalls zurückerstattet[38]), es müßte denn der Bräutigam der Braut interveniente osculo das Geschenk gemacht haben[39]). Und wenn das Letzte der Fall ist, so bleibt das Geschenk zur Hälfte giltig; die andere Hälfte muß aber zurückerstattet werden. War die Schenkung eine reine Liberalität ohne Beziehung auf die künftig abzuschließende Ehe, so bleibt sie auch beim Tode des Verlobten giltig[40]), außer wenn der Nichtabschluß der Ehe als Resolutivbedingung hinzugesetzt worden war[41]). Wird das Verlöbniß aber bei Lebzeiten der Verlobten getrennt, so muß der, welcher die Trennung durch eigne Willkür herbeigeführt hat, die Brautgeschenke doppelt zurückgeben, wenn er dieselben nach der Erreichung der Großjährigkeit oder nach der Ertheilung der venia aetatis erhalten hat, oder ihm sonst kein gerechter Trennungsgrund zur Seite steht. Ist das Gegentheil der Fall, so werden die Geschenke nur einfach zurückgegeben[42]). Ausnahmsweise ist die Braut ganz frei von dieser Verpflichtung, falls sie als Provinzialin mit dem Vorsteher der Provinz oder mit einem der Angehörigen desselben auf dessen Zureden während der Amtsdauer sich verlobt hat und dann freiwillig zurücktritt[43]). Von den Eltern der Braut, welche das Verlöbniß abgeschlossen, die Brautgeschenke empfangen und zur Auflösung des Verlöbnisses mitgewirkt haben, gelten dieselben Regeln, wie von der Braut, nur mit dem Unterschiede, daß sie zur Rückgabe des Doppelten aus eignem Vermögen verpflichtet sind[44]). Daß aber der unschuldige Theil die ihm gemachten Geschenke definitiv behalte, ist durch eine Constitution Constantins[45]) festgesetzt worden und wird auch in einem Gesetze der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius als geltendes Recht vorausgesetzt[46]), wenn gleich v. Löhr[47]) behauptet, daß es nirgends in Bezug auf die gewöhnlichen Brautgeschenke bestimmt worden sei. Auch diese Regeln erleiden eine Ausnahme, falls dem Brautgeschenke der Nichtabschluß der Ehe als Resolutivbedingung hinzugefügt worden ist; denn dann treten die allgemeinen Regeln von den Bedingungen ein[48]).

---

37) L. 5. C. 5. 1.
38) L. 3. C. 5. 1.
39) L. 16. C. 5. 3.
40) L. 1. §. 1. D. 39. 5. L. 11. C. 5. 3.
41) L. 1. §. 1. D. 39. 5. L. 7. C. 5. 3.
42) L. 5. C. 5. 1.
43) L. un. C. 5. 2.
44) L. 5. C. 5. 1. L. 1. C. 5. 2. L. 15. C. 5. 3.
45) L. 15. C. 5. 3.
46) L. 3. C. 5. 1.
47) Archiv für civ. Praxis Th. 15. S. 449.

Fragt man nach den weiteren Schicksalen der Brautgeschenke nach vollzogener Ehe, so herrscht unter den neueren Juristen eine große Meinungsverschiedenheit. Die meisten betrachten dieselben seit dem Abschlusse der Ehe als einen wahren Vermögenstheil des Beschenkten, so daß derselbe darüber, wie er will, verfügen kann. Diese Meinung hat theils das für sich, daß solche Geschenke nach dem Pandectenrechte[49]) im Erfolge nichts vor anderen Schenkungen voraus haben, theils stimmt dazu die Art und Weise, wie in einigen Stellen des Codex das Verbleiben solcher Schenkungen bei dem Beschenkten als definitiv bezeichnet wird[50]). Endlich darf man sich zur Unterstützung dieser Ansicht wohl auch auf den Umstand berufen, daß Geschenke des Bräutigams an die Braut von Seiten der letztern häufig als dos zurückgegeben werden[51]), was doch mit der gegentheiligen Meinung unvereinbar erscheint. Anderer Meinung ist Löhr, wenigstens in Bezug auf die arrha sponsalicia, welche er durch den Abschluß der Ehe in den Händen der Ehefrau zur propter nuptias donatio werden läßt[52]). — Eine gesetzlich ausgezeichnete Art der Schenkung unter Verlobten war die donatio ante nuptias[53]). Man versteht darunter ein Geschenk des Bräutigams an die Braut mit Rücksicht auf die künftige Ehe, um dadurch einen Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu liefern, wenn gleich überhaupt solche Geschenke, welche vor dem Abschlusse der Ehe gegeben werden, auch ante nuptias donationes heißen können[54]). Die Bestellung der ante nuptias donatio im engeren Sinne enthält eine wahre Schenkung in sich, wie ihr Name zeigt und es auch durch die Insinuationsform hinreichend bestätigt wird[55]), und kann in der Regel nur von dem Bräutigam selbst oder von Seiten desselben durch einen anderen gemacht werden[56]). Im Anfange konnte sie nur vor der Ehe geschehen, wie schon der Name zeigt, und auch dadurch erwiesen wird, daß erst Justin und Justinian die Bestellung derselben während der Dauer der Ehe zulassen[57]). Im vorjustinianischen Rechte hatte sie natürlich den Character der Freiwilligkeit, gleich jeder anderen Schenkung, und selbst im Justinianischen Rechte hat sie denselben nach

---

48) L. 1. §. 1. D. 39. 5. L. 7. C. 5. 3.
49) L. 1. §. 1. D. 39. 5. Fr. Vat. §. 262, 302.
50) L. 1. C. 5. 2. L. 15. C. 5. 3. Vgl. L. 8—12. C. ibid.
51) L. 1. C. 5. 3. Nov. Theod. 7.
52) Löhr im Archiv für civ. Praxis Th. 15. S. 450 u. 454.
53) Theod. C. de sponsalibus et ante nuptias donationibus. (3. 5.) Auch die umgekehrte Wortstellung, donatio ante nuptias, kommt vor Nov. Th. 7.
54) L. 6. u. 7. C. 5. 3., welche Löhr a. a. O. Th. 15. S. 450 zum Beweise dieses Sprachgebrauchs anzieht, gehören nicht hierher, da in beiden Stellen ante nuptias zum Prädicate gehört.
55) L. 8. Th. C. de sponsalibus. (3. 5.) L. 17. C. 5. 3. L. 34. pr. C. de donationibus. (8. 54.) L. 36. C. ibid.
56) L. 19. u. 20. C. 5. 3. Vgl. Burchardi im Archive für civilistische Praxis Bd. 9. S. 199.
57) L. 19. u. 20. C. 5. 3. §. 3. J. de donationibus. (2. 7.)

der richtigeren Meinung wohl nie verloren[58]). Auch scheint keineswegs zu ihrer Bestellung nothwendig zu sein, daß bereits eine dos vorliege. Das zeigt theils die Geschichte ihrer Entstehung, theils das Zeugniß Justins[59]). Daß sie an die Braut geschieht, kann nicht bezweifelt werden[60]). Was der Zweck der Bestellung derselben sei, ist unter den neueren Rechtsgelehrten sehr bestritten. Einige nämlich erblicken mit Burchardi[61]) in der ante nuptias donatio einen deshalb ausgesetzten Vermögenstheil, damit die Frau, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt wird und Kinder vorhanden sind, den Ususfructus oder Quasiususfructus desselben erhalte. Andere, und das ist die ältere Meinung, betrachten die donatio als eine Art Pfand, als einen Vermögenstheil, der zur Sicherheit der Frau ausgesetzt wird, entweder für die Rückgabe des Brautschatzes oder für den künftigen Unterhalt, oder auch für Beides zusammen. Warnkönig[62]) nimmt an, die ante nuptias donatio habe nur dann stattgefunden, wenn durch das pactum dotale oder die stipulatio dotis festgesetzt worden war, daß die dos auf den Todesfall der Frau dem Ehemanne zufallen solle[63]), und bringt damit die Vorschrift in Verbindung, daß der aus solchen Verträgen zu ziehende Gewinn für beide Ehegatten gleich sein solle[64]). Von Löhr endlich, dessen Ansicht auch im Obigen angenommen worden ist, setzt den Zweck der ante nuptias donatio in besonderer Beziehung auf die Ehe in die Lieferung eines gewissen Beitrages zu den Lasten derselben von Seiten des Mannes[65]). Was die Art der Bestellung der ante nuptias donatio anbetrifft, so geschah sie in der ältesten Zeit wohl durch die sofortige Hingabe der Sachen (datio), doch kommt im Justinianischen Rechte auch das conscribere ante nuptias donationem, d. h. das Bestellen derselben durch Schrift, als gewöhnlich vor[66]), seitdem Justinian verordnet hatte, daß die Schenkung auch ohne Uebergabe möglich sei. Ein Zwang zur Bestellung ist nur insofern denkbar, als die Bestellung für Andere geschieht, und die Gesetze dieß ausdrücklich verfügen. Eine solche Verbindlichkeit tritt aber nur beim Vater zu Gunsten des Sohnes ein[67]) und diese Verpflichtung wird mit der Verbindlichkeit der Eltern verglichen, die heurathende

---

58) Am Deutlichsten ist dieß ausgedrückt in §. 3. J. 2. 7.
59) L. 19. C. 5. 3.
60) Vgl. v. Löhr a. a. O. Th. 15. S. 459.
61) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 9. S. 197—229.
62) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 13. S. 5.
63) L. 9. C. de pactis conventis super dote. (5. 14.) L. 20. C. 5. 3. Nov. 22. cap. 20.
64) Im Anfang war von einer Gleichheit nach dem Verhältnisse der Portionen die Rede L. 9. C. 5. 14. L. 20. C. 5. 3. Nov. 22. c. 20. Erst später verlangte man eine numerische Gleichheit Nov. 91. c. 1 u. 2.
65) §. 3. J. 2. 7. L. 20. C. 5. 3. Vgl. Löhr a. a. O. Th. 15. S. 459 flg.
66) Nov. 119. c. 1. vgl. mit L. 7. C. 5. 11. L. 20. C. 5. 3. Nov. 2. cap. 5. Vgl. Löhr a. a. O. Th. 15. S. 455 flg.
67) L. 7. C. de dotis promissione. (5. 11.)

Tochter auszustatten. Dem classischen Pandectenrechte ist die ante nuptias donatio fremd; denn sie ist erst in den Zeiten der späteren römischen Kaiser aufgekommen [68]). Vor Valentinian III. und Theodosius findet sich keine Spur derselben [69]). Wahrscheinlich gründet sie sich auf eine ziemlich allgemein verbreitete orientalische Sitte, welche nach und nach durch kaiserliche Constitutionen bestätigt worden ist, wenn schon von Löhr sie aus der arrha sponsalicia entstehen läßt [70]). Im Justinianischen Rechte hat die ante nuptias donacio den Namen propter nuptias donatio erhalten und ist in vielen Beziehungen näher bestimmt worden. Siehe den Artikel donatio propter nuptias.

Heimbach.

Brautkinder [1]) heißen in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten solche uneheliche Kinder, welche von giltig verlobten Personen gezeugt worden sind. In den römischen Rechtsquellen werden dieselben zweifelsohne zu der Kategorie der spurii oder vulgo concepti liberi gerechnet und haben vor denselben nichts voraus [2]). Mithin können sie nicht in der Gewalt ihres wirklichen Vaters stehen und keinen Anspruch auf dessen Erbschaft machen, da von ihnen angenommen wird, daß sie keine bestimmte Person zum Vater haben. Anders verhält es sich freilich mit ihnen in Beziehung auf die Mutter; denn diese ist auch nach den Ansichten der römischen Juristen bei allen spurii filii gewiß [3]). Daher können die Kinder in Bezug auf die mütterliche Erbschaft die Verwandtschaftsrechte geltend machen und nehmen in der Regel den Stand und Rang ihrer Mutter an [4]). Von diesen unbezweifelt römischen Ansichten weicht der heutige Gerichtsgebrauch insofern ab, als er die Brautkinder in Bezug auf die Erbfolge in die Güter ihres Erzeugers den ehelichen Kindern völlig gleichsetzt, wenn die Copulation der Eltern nur durch den Tod des Bräutigams oder durch bösliche Verlassung der Braut gehindert worden ist [5]). Diese Meinung gründet sich theils auf die natürliche Billigkeit, damit dem unschuldigen Kinde ein zufälliger Umstand, welcher die Copulation der

---

68) §. 3. J. 2. 7. Quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est.

69) Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes bis auf Justinian Th. 1. S. 593. v. Löhr a. a. O. Th. 15. S. 451.

70) L. 2. Th. C. de secundis nuptiis (3. 8.) vgl. mit Nov. Theod. 7.

1) Literatur: Pape, über der Brautkinder Successionsfähigkeit im Archiv für theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit Th. 4. S. 277 flg. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 113—117, ingl. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 155. S. 595 flg. (2. Ausg.)

2) Caius inst. I. §. 64. Ulp. fr. 4. §. 2, 5 u. 7. L. 23. D. de statu hominum. (1. 5.) L. 25. D. de captivis et postliminio. (49. 15.) §. 12. J. de nuptiis. (1. 10.)

3) Ulp. fr. 4. §. 2.

4) Ulp. fr. 5. §. 8 u. 9. Vergl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten §. 15—17. S. 44—54.

5) Vgl. Glück, Intestaterbfolge §. 155. S. 595 flg.

Eltern gehindert hat, nicht zum Schaden gereiche, theils auf die Usualinterpretation einer Decretalenstelle, welche aber nichts von den gewöhnlichen Grundsätzen Abweichendes enthält [6]). Allein es ist eine solche Gleichstellung der ehelichen Kinder und der Brautkinder nicht auch in Bezug auf andere Verhältnisse anzunehmen, da sie nur die Ausnahme von der Regel bildet und auch von den besten Rechtslehrern der vorigen Jahrhunderte im Allgemeinen verworfen wird [7]), weil das rechtsgiltige Verlöbniß noch kein Recht zum Beischlafe gibt und mithin der von den Verlobten anticipirte Beischlaf ebenso unerlaubt, wie jedes Stuprum erscheint.

Eine ganz andere Frage ist die, ob die Brautkinder durch die nachfolgende Copulation ihrer Eltern legitimirt werden. Daß in dem bloßen Abschlusse einer Ehe noch keineswegs die Legitimation enthalten sei, ergibt sich schon aus den römischen Ansichten über die Natur der Ehe und aus der Regel: inviti non legitimantur [8]), und daß das canonische Recht in dieser Beziehung keine Neuerung enthalte, hat Buchholtz [9]) gegen Gonzalez Tellez [10]) mit triftigen Gründen dargethan, da es als eine unerwiesene Behauptung gelten muß, daß die Kinder nach dem Kirchenrechte durch ihren Widerspruch die durch die Ehe ihrer Eltern herbeigeführte Legitimation nicht hintertreiben können, und daß die sacramentarische Natur der Ehe der Willensbestimmung der zu legitimirenden Person keinen Einfluß auf den Legitimationsact gestatte. Aber auch die Legitimation der Brautkinder durch nachfolgende Ehe dürfte sich nach den römischen Rechtsquellen bezweifeln lassen, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß diese Legitimationsart sich nur auf die Concubinenkinder beschränkte [11]), wenn gleich nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Theophilus [12]) die Legitimation per oblationem curiae, die doch mit der per subsequens matrimonium gewöhnlich auf eine Linie gestellt wird, auch bei anderen Classen unehelicher Kinder zulässig ist. Nach den Satzungen des canonischen Rechtes kann es freilich keinem Zweifel unterliegen, daß nicht allein die Concubinenkinder, sondern auch andere uneheliche Kinder legitimirt werden können [13]), und diese Ansicht ist durch die teutsche Praxis bestätigt

---

6) Es ist cap. 12. X. qui filii sint legitimi. (4. 15.) Vgl. Glück a. a. O. S. 596. und Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 113—116.

7) So Bont, Böhmer, Lauterbach, Reinharth, Bünemann, Grimmeisen, Pape. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandecten Th. 2. S. 115.

8) Nov. 89. c. 11. pr. Vgl. Buchholtz, juristische Abhandlungen S. 243.

9) Vgl. Buchholtz a. a. O. S. 244—248.

10) Commentaria Decretalium ad cap. 1. X. IV. 17. tom. IV. p. 229.

11) Vgl. Schneider in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Th. 12. S. 327—369.

12) Paraphr. inst. I. 10. §. 13. Reitz tom. I. p. 107. Siehe Schneider a. a. O. Th. 12. S. 338. Auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe wird dieses Zeugniß bezogen von Witte, das preußische Intestaterbrecht S. 16.

13) Siehe Meyer, das Intestaterbrecht der liberi naturales S. 57 flg. und Schneider a. a. O. Th. 12. S. 368 flg.

worden, wenn schon die römischen Ansichten von der Legitimation immer noch genug Auctorität behaupteten, daß einzelne Juristen der späteren Zeit die Legitimation auf Concubinenkinder beschränken zu müssen glaubten. Streitig ist es, ob bei der Legitimation der Brautkinder durch die nachfolgende Ehe der Eltern die Wirkungen der Legitimation durch eine juristische Fiction auf den Zeitpunct, wo die Kinder geboren worden, zurückdatirt werden, oder nicht[14]). Für die verneinende Meinung spricht indeß theils der Umstand, daß juristische Fictionen nicht angenommen werden dürfen, außer wenn sie ausdrücklich sanctionirt sind, theils wird sie durch einige Stellen der Justin. Rechtsquellen[15]) bestätigt, welche die Wirkungen dieser Legitimation im Detail vortragen und von einer solchen Zurückdatirung nichts erwähnen.

Heimbach.

Bremen[1]). Die freie und Hansestadt Bremen hat 42,000 Einwohner, von denen ungefähr $\frac{2}{3}$ Lutheraner und $\frac{1}{3}$ Reformirte sind. Das etwas über 5 Quadratmeilen enthaltende Gebiet zerfällt in die

---

14) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Thibaut, Versuche Th. 1. S. 176—183.

15) §. 13. J. 1. 10. Nov. 78. cap. 4. Vgl. Thibaut a. a. O. S. 177 flg.

1) Werke, welche theils in ihrem ganzen Umfange, theils in einzelnen Abhandlungen das bremische Recht und Rechtsleben näher kennen lehren, sind: Gerhard Oelrichs, vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der kaiserlichen und des römischen Reichs freien Stadt Bremen, aus Originalhandschriften, Bremen 1771. Ferd. Donandt, Versuch einer Geschichte des bremischen Stadtrechtes, Bremen 1830. (bis jetzt 2 Theile.) Friedrich Meier, Sammlung verschiedener Verordnungen, welche in Handlungs-, Schifffahrts- und Polizeisachen der kaiserl. freien Reichsstadt Bremen so in älteren als neueren Zeiten ausgegangen, 1750. Sammlung von Verordnungen und Proclamen des Senats der freien Hansestadt Bremen von 1751 bis 1810, Bremen 1820. Seit 1813 erscheint jährlich ein Band. Karl Theodor Oelrichs, Realregister über die Verordnungen und Proclamen des Senats der freien Hansestadt Bremen von 1600 bis 1830, fortgesetzt bis 1835 incl. in Nr. 21. Bremen 1832. J. Ph. Cassel, historische Abhandlung von den Gesetzen der freien Reichsstadt Bremen, Frankfurt und Leipzig 1764. Desselben Programmata und andere Gelegenheitsschriften meist Bremen betreffend von 1753—1783. Desselben bremische historische Nachrichten und Urkunden, Bremen 1766, 1767. 2 Bände. Caspar a Rheden, Disputatio continens differentias iuris statutarii Bremensis et iuris Romani circa successionem ab intestato, Bremae 1720. Henricus Lampe D. de testamenti factione Bremensi, Gottingae 1770. Daniel Klugkist D. de regulis iuris Romani e doctrina de societate male ad communionem bonorum inter coniuges accommodatis. Simul de iure patrio, quod Bremae obtinet, Marburgi 1771. Georgius Gröning D. de separatione liberorum eiusque fundamento, communione bonorum secundum iura statutaria Bremensia, Gottingae 1771. Christianus Abrahamus Heineken tentamina iuris aggeralis reipublicae Bremensis, Gottingae 1774. Joannes Fridericus Gildemeister D. de communione bonorum inter coniuges maxime ex legibus Bremanis, Gottingae 1775. Joh. Friedrich Gildemeister, zwei Abhandlungen aus dem Handfesten- und dem Pfandrechte der Reichsstadt Bremen 1794. Philippus Isaacus Heineken, Principia iuris colonarii reipublicae Bremensis, Gottingae 1800. Albert Hermann von Post, über die allgemeine

Landherrschaft am linken Weserufer, ferner in die Aemter Vegesack und Bremerhafen. Im Gebiete wohnen ungefähr 16,000 Menschen, von denen die Mehrzahl Reformirte sind. Die Zahl der bremischen Katholiken mag beinahe 2000 betragen. Von den Juden werden nur einige Familien im Gebiete, nicht in der Stadt geduldet. Als Einleitung für den gegenwärtigen Rechtszustand mag Folgendes dienen[2]). Der Ort Bremen wurde 788 von Karl dem Großen zu einem Bischofssitze bestimmt[3]). Das Bisthum war vom Erzstifte Cöln suffragan, bis es nach Zerstörung Hamburgs, welches Ludwig der Fromme zu einem erzbischöflichen Sitze erhoben hatte, im Jahre 858 mit Hamburg zu einem Archiepiscopate vereinigt wurde. Der gewöhnliche Sitz der Erzbischöfe war Bremen, weil es den Angriffen der heidnischen Völker ferner lag. Seit dem ersten Viertel des 13. Jahrhunderts wurde Bremen die Metropolis, und darnach für immer das Erzstift benannt. Die Immunität seines bischöflichen Sitzes erwarb Erzbischof Adaldag von Otto dem Großen durch die Diplome vom Jahre 937 und 966[4]). Derselbe erhielt zugleich das Recht, in Bremen Markt zu halten, ferner Zoll und Münze und alle bisherigen königlichen Gefälle in diesem Orte. Die herzoglichen Rechte blieben noch bei den sächsischen Herzögen und fügten diese der Immunität manche Kränkung zu, bis endlich Herzog Otto von Braunschweig sich deshalb 1236 vom Erzbischof Gerhard II. auf Kosten der dazu bereitwilligen Stadt abfinden ließ. Von dieser Zeit an traten die Bestrebungen der Stadt gegen die Vogtei des geistlichen Herren, welche sich zur Landeshoheit ausbilden wollte, hervor. Wahrscheinlich unter Hartwig II. (1184—1208) gestaltete sich das Stadtrecht in der Bedeutung, daß es wesentlich die Befugniß enthielt, eine selbstständige von der Gemeinde gewählte Be-

---

eheliche Gütergemeinschaft in Hinsicht auf Theilung und Todesfall nach bremischen Stadtgesetzen, Hannover 1802. A. G. Deneken, Vorlesungen über einige wichtige Gegenstände des bremischen Stadtrechtes, Bremen 1798. Johann Friedrich Gildemeister, Beiträge zur Kenntniß des vaterländischen Rechtes, Bremen 1806. Th. Berck, über das bremische Güterrecht der Ehegatten mit besonderer Rücksicht auf die Schuldenzahlung und das sogenannte beneficium abdicationis der Wittwe, zunächst nach den reinen Grundsätzen der Statuten im Zusammenhange mit dem älteren germanischen Rechte, Bremen 1832. H. D. Watermeyer und K. Th. Oelrichs, Beiträge zur Kenntniß des Rechtes der freien Hansestadt Bremen, 1. Band. Bremen 1837. Johann Smidt, hanseatisches Magazin, Bremen 1799—1804. Ferd. Donandt, bremisches Magazin 1830—1834. J. H. W. Smidt, politisches Wochenblatt für die freie Hansestadt Bremen 1832. K. Th. Oelrichs und H. D. Watermeyer, bremische Blätter 1835, 1836.

2) Diese geschichtlichen Andeutungen stützen sich auf das treffliche unter Note 1 erwähnte Werk von Donandt.

3) Den Stiftungsbrief s. Adam. Brem. Historia Eccles. I. c. 9. und daraus bei C. Misegans Chronik der freien Hansestadt Bremen (1838) I. S. 179.

4) Beide Diplome bei Lindenbrog script. Sept. Nr. VI. IX. S. 130, 131.

4) Die feindliche Gesinnung der Bürger war Napoleon nicht unbekannt, welcher daher gegen eine Gesandtschaft die Worte sprach: ma bonne ville de Brème est la plus mal intentionnée de tout mon Empire.

hörde zu haben. Diese Behörde, der Rath, Consules, entstand hier vermuthlich aus den von der Gemeinde gewählten Schöffen des Vogtgerichtes, welche stets, wenn gleich unter Aufsicht des Vogtes, die Verwaltung der Gemeindegüter, die Vertretung der Stadt in Handelsverhältnissen zum Auslande und die Sorge für die Vertheidigungsanstalten gehabt hatten. Die eigentliche Gerichtsbarkeit des Raths entwickelte sich daraus, daß er als administrative Behörde Polizeivergehen bestrafte und immer häufiger auf ihn compromittirt wurde. Eine Appellationsinstanz mußte sich daraus bilden, daß der Rath die Urtheile des Vogtgerichts zu vollstrecken hatte, und er damit eine Prüfung des Urthels verband. Im Jahre 1541 wurde durch ein Privilegium Karls V. gestattet, ein aus Rathsmitgliedern und einem gelehrten Juristen bestehendes Niedergericht zu errichten, das für Fremde und Bürger in Sachen, deren Werth 200 Gulden nicht überstieg, competent sein sollte. Das Vogtgericht blieb daneben competent und war hinsichtlich der Summe unbeschränkt. Im Laufe der Zeit veraltete es aber gänzlich für Civilsachen. Die marktpolizeilichen Anordnungen überließ Giselbert 1289 dem Rathe, wie derselbe überhaupt die Uebereinkunft einging, „datt de raht in den weltlichen dingen scholde vullmacht hebben, und de Bischop schold sik allene in der Statt met dem Kerken regimente bekummeren.“ Das erzbischöfliche Münzrecht wurde der Stadt oft von den geldbedürftigen Herren verpfändet, aber erst am 24. Mai 1541 erwarb die Stadt das eigene Münzrecht durch das Privilegium Karls V. Alle Rechte der Stadt mußte nach einem Privilegium von 1226 jeder neue Bischof vor der Huldigung durch einen schriftlichen Revers bestätigen, auch darin versprechen, daß alle bisherigen Rechte nicht allein nicht verringert, sondern vielmehr vergrößert werden, und daß in zweifelhaften Fällen zwei Bürger berechtigt sein sollten, das behauptete Recht der Stadt zu beschwören. (Wichmann.)

Als reichsunmittelbar galt die Stadt bereits im 14. Jahrhundert. Die endlich noch übrig bleibenden Rechte Hannovers gingen in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25. Februar 1803 auf die Stadt über. Mit der Auflösung des deutschen Reiches 1806 wurde Bremen ein völlig souveräner Staat. Napoleons Einladung, in den Rheinbund zu treten, lehnte Bremen ab. 1810 wurde es unter dem Titel einer bonne ville Frankreich einverleibt[5]). Im November 1813 befreit, schloß die Stadt sich sofort den Verbündeten an und trat sodann in den teutschen Bund. — Ueber die früheren Verhältnisse des Raths und der Gemeinheit ist Folgendes zu erwähnen. Ursprünglich bestand die Gemeinheit, von der und aus welcher die Rathmänner gewählt wurden, aus rittermäßigen Bürgern, um die Mitte des 13. Jahrhunderts gehörten aber schon die angesehenen Kaufleute zu der Gemeinde. Das Amt des Rathmannes scheint anfänglich nur ein Jahr gedauert zu haben. Um die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts soll

---

5) Siehe alle drei Redactionen in dem unter Note 1 aufgeführten Buche.

eine neue Ordnung eingetreten, die Zahl zwölf die Regel geblieben, dabei jedoch festgesetzt worden sein, daß halbjährlich 6 Rathmänner abgehen und durch Wahl aus den vier Quartieren der Stadt ersetzt, und daß kein Abgegangener vor dem vierten Jahre wieder wahlfähig sein sollte. Die Wahl war bei der versammelten Gemeinde. 1306 wurde folgende Einrichtung festgesetzt. Zwölf Rathmänner — drei aus jedem Quartiere — sitzen während eines Jahres in der Regierung und können erst im vierten Jahre wieder zu derselben gelangen. Die Wahl ist beim Rathe und daher kommen regelmäßig die abgegangenen Rathmänner im vierten Jahre wieder vor. Das Amt wird daher als lebenslänglich betrachtet. Der Rath bestand also aus 36 Personen, von denen 9 aus jedem Quartiere sein mußten und von denen immer um das vierte Jahr ein Drittel in der Regierung saß. Nachdem 1307 die übermächtigen Patricierfamilien, welche sich auch in den Besitz der Rathmannstellen gesetzt hatten, mit Hilfe der Innungen, welche von allen Lasten der Hörigkeit allmählig frei geworden, am Ende des 13. Jahrhunderts ihre Privilegien vom Rathe erhalten hatten, auf immer vertrieben waren, findet man 1330 einen Rath von ungefähr dreimal sechs und dreißig Personen. 1353 war aber schon die alte Ordnung von 1307 hergestellt. 1366 wurde die Stadt in bürgerlichen Unruhen von einer Partei an den jetzt in Bremervörde residirenden Erzbischof verrathen. Es entstand ein neuer Rath, in welchen wohl hundert Personen, besonders aus den Aemtern kamen. Die alte Ordnung kehrte bald wieder, und der vom Erzbischofe bei seiner Wahl zur Sicherheit der Stadt ausgestellte Revers wurde von Neuem besiegelt. Um die Mitte des 14. Jahrhunderts trifft man eine allmählig entstandene Neuerung in der Einrichtung des Rathes, indem einer von den Zwölfen jedes Drittheiles Proconsul oder Bürgermeister genannt wird. 1391 ließ man sich durch Bonifaz VIII. von dem auf Beachtung der bisherigen Ordnung geleisteten Eide entbinden, um nicht mehr an die Wahl aus den einzelnen Stadtvierteln gefesselt zu sein, und 1398 beschloß der ganze Rath, daß mit Aufhebung der bisherigen Trichotomie der Rath aus 24 Personen, nämlich 4 Bürgermeistern und 20 Rathmännern bestehen solle. Zu jedem Bürgermeister gehören 5 Rathsherren, und zwei von diesen neuen Quartieren sitzen jedes Jahr im Eide, jedoch so, daß alle halbe Jahre eins abgeht und durch ein neues ersetzt wird, mithin immer nach zwei Jahren wieder zur Theilnahme an der Regierung gelangt. Im Jahre 1428 erfolgte eine aus democratischen Principien veranlaßte Staatsbewegung. Die Gemeinheit führte mit Einwilligung des Raths die älteste Einrichtung zurück. Der Rath ist darnach auf 2 Bürgermeister und 12 Rathmänner beschränkt, von denen eine Hälfte auf der oberen, die andere auf der unteren Bank sitzt. Nach Ablauf eines halben Jahres tritt die zweite ganz aus und ihre Stelle nimmt die erste ein. An die Stelle der letzteren wird sodann eine neue Hälfte dem Wesen nach allein von der Gemeinheit gewählt, und wahlfähig sind die Abgegangenen erst wieder im folgenden Jahre. Verwandtschaft mit einem Rathmanne

bis in den dritten Grad schließt von der Wahl aus. Mit Beibehaltung der letzteren Bestimmung und mit der Abänderung, daß künftig 4 Bürgermeister und 24 Rathmänner sein sollten, wurde jedoch schon 1433 in Folge einer völlig aristokratischen Reaction die Einrichtung von 1398 im Ganzen wieder hergestellt, bei welcher es denn bis zu der neuesten Zeit geblieben ist. Die Gemeinde besorgte vor Entstehung des Rathes ihre Angelegenheiten selbst. Seit Entstehung desselben concurrirte sie bei allen Staatsverträgen mit Auswärtigen, bei der Gesetzgebung, bei der Verwaltung öffentlicher Anstalten, bei der Veräußerung von Staatsgefällen, nicht aber bei der Finanzverwaltung. Der letztere Umstand gab denn meistens zu den bürgerlichen Unruhen die erste Veranlassung. — Schriftlich aufgezeichnete Willkören hatte Bremen schon vor 1246, in diesem Jahre wurden sie aber auf Verlangen Gerhard II. wieder aufgehoben. Die erste größere Aufzeichnung des Stadtrechts geschah 1303 vom Rath und Gemeinheit ohne Mitwirkung des Erzbischofes. Die zweite erfolgte 1428 in Folge der oben gedachten Staatsbewegung. Die dritte allein practisch gebliebene wurde bei der eingetretenen Reaction von 1433 angeordnet [6]). Sie wird mit dem Ausdrucke „dat Bok" (das Stadtbuch) bezeichnet. Nach der Bemerkung, daß Bremen um 1284 an dem Bunde der Hanse Theil nahm, gehen wir zu den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen über.

Die freie Stadt Bremen gehört zum teutschen Bunde. Sie hat im Plenum der Bundesversammlung eine besondere Stimme, im engeren Rathe aber führt sie mit den übrigen drei freien Städten eine Gesammtstimme. Sie stellt ein Contingent von 435 Mann, welches dann zur 2. Division des 10. Armeecorps gehört. Mit den übrigen freien Städten hat Bremen Theil an dem seit 1820 gemeinschaftlich in Lübeck errichteten, aus einem Präsidenten und 6 Räthen bestehenden Oberappellationsgerichte. Die alte Hanseverbindung wird von Bremen mit Lübeck und Hamburg fortgesetzt. Sie tritt besonders in Handels- und Schiffarthsverträgen mit auswärtigen Staaten hervor. Diesen Städten steht auch noch das gemeinschaftliche Eigenthum an dem Stahlhofe in London und dem hanseatischen Hause in Antwerpen zu. Lübeck hat die Verwaltung und vertheilt jährlich die Einkünfte gleichmäßig. Hinsichtlich der Reciprocitätsverhältnisse Bremens mit auswärtigen Staaten in Bezug auf Handels- und Schiffarthsabgaben mögen hier folgende Andeutungen stehen.

Niederlande. Gleichstellung der bremischen Schiffe mit den nationalen in Bezug auf das Tonnengeld. Ministerielle Erklärung vom 4. Februar 1817. Norwegen. Gleichstellung mit den einheimischen Schiffen in allen Handels- und Schiffarthsabgaben. Königl. Verfügung vom 3. März 1821. Großbritannien. Gleichstellung mit den nationalen Schiffen rücksichtlich der Handelsabgaben bei der directen Fahrt, sowie der Schiffsabgabe ohne Restriction. Vertrag vom 29. September 1825. Brasilien. Gleichstellung in der Schiffsabgabe mit den natio-

6) J. A. Meyer, Blicke in die Geschichte der Aelterleute Nr. 23.

nalen Schiffen, in den Zöllen mit den Schiffen der begünstigsten Nation, jedoch mit Modification wegen der indirecten Fahrt, Vertrag vom 17. Nov. 1827. Nordamerika. Gleichstellung mit den Nationalen in Bezug auf alle Abgaben, Vertrag vom 20. December 1827. Preußen. Wie bei Nordamerika, Vertrag vom 4. October 1828. Haiti. Vollständige Gleichstellung mit den Nationalen, Ministerialerklärung vom 20. Febr. 1829. Rußland. Gleichstellung mit den Einheimischen rücksichtlich der Schifffahrtsabgaben, Declaration vom 13. Jan. 1834. Schweden. Gleichstellung mit den Einheimischen in den Schifffahrtsabgaben sowie hinsichtlich der Zölle für die directe Fahrt bei der Einfuhr der Producte des eignen Bodens; bei der Ausfuhr ohne Unterschied, Bekanntmachung vom 7. Febr. 1835. Griechenland. Gleichstellung mit den Nationalen in Bezug auf Tonnengeld und Hafenabgaben, Declaration vom 7. Sept. 1835. Dänemark. Gleichstellung mit den Einheimischen in Schifffahrts- und Handelsabgaben sowie mit den Schiffen der begünstigtsten Nation in Bezahlung des Sundzolles, Declaration vom 5. Nov. 1835. Belgien. Gleichstellung mit den Einheimischen in Betreff des Lootsengeldes, Declaration vom 21. März 1836. Holland. Wie bei Belgien, Declaration vom 26. März 1836. Venezuela. Vollkommene Gleichstellung mit den nationalen Schiffen, Vertrag vom 27. Mai 1837.

Die Zoll- und Schifffahrtsangelegenheiten auf der Weser zwischen Bremen und den übrigen Uferstaaten regulirt die Weserschifffahrtsacte von 1826. Als besonders merkwürdig ist auch der Staatsvertrag mit Hannover vom 11. Januar 1827 zu gedenken, durch welchen Bremen das Terrain für Anlage des Bremerhavens eigenthümlich erwarb. Nach dieser Erzählung der Beziehungen Bremens nach außen mögen jetzt die inneren Rechtsverhältnisse kurz geschildert werden.

Die oberste Behörde des Staates ist der Senat, von der Bürgerschaft gewöhnlich der Rath genannt. Er besteht aus 4 rechtsgelehrten Bürgermeistern und 24 Rathsherren, von denen 17 Gelehrte und 7 Kaufleute sind. Einer der Bürgermeister führt halbjährlich den Vorsitz unter dem Namen der Präsident. Dem Rathe beigeordnet sind 2 Syndicen, welche berathende Stimmen haben und meistens zum Referiren und anderen gerichtlichen Arbeiten verwendet werden. Durch ein Statut vom 25. März 1815 hat der Rath der Bürgerschaft freiwillig einen Antheil bei der Wahl eines neuen Rathmannes eingeräumt. Ein jedesmal durch Wahl und Loos bestimmter Ausschuß von 4 Rathsherren und 4 Bürgern bezeichnet nämlich dem Rathe 3 Candidaten, aus welchen der Rath Einen wählt. Durch das gedachte Statut ist aber auch zugleich die Einrichtung getroffen, daß früher ausgeschlossene Verwandte, z. B. Neffen u. s. w., jetzt in den Rath kommen können. Der Rath bildet die mit der ausübenden Gewalt beauftragte Regierung des Staates. Ihm allein stehen zu die Ausübung des protestantischen Episcopalrechtes und des ius circa sacra wie die Bestätigung der von den städtischen Gemeinden gewählten Pfarrer, die Justizpflege, die Morgensprache

bei den Zünften, das Recht der Gnade, die Polizeiverwaltung, der Civilstand und das Archiv, die Aufsicht über Unterrichts- und Bildungsanstalten, die Landherrschaft im Gebiete, die Leitung der auswärtigen Angelegenheiten. Der Rath wählt die Bürgermeister aus seiner Mitte ohne Concurrenz der Bürgerschaft, ebenso bestimmt er allein die beiden Syndicen, den Archivar, die Secretäre, die Amtleute und alle subalterne Beamten. Die Bürgerschaft im staatsrechtlichen Sinne besteht aus denjenigen Bürgern, welche Mitglieder des Bürgerconventes sind. Zu demselben gehören diejenigen Bürger, welche an der Bezahlung der vorzüglichsten Abgaben Theil nehmen oder gelehrte Bildung erhalten haben, oder zu Diaconen an den städtischen Pfarrkirchen von deren Gemeinden erwählt sind u. s. w. Um den Bürgerconvent besuchen zu können, muß eine Einladung vom Präsidenten des Rathes vorausgegangen sein, wer aber einmal eingeladen ist, wird immer eingeladen, bis ein besonderer Grund, z. B. Fallissement, Curatel u. s. w. eingetreten. Gegenwärtig gehören zum Bürgerconvente ungefähr 460 Personen, von denen in der Regel gegen hundert erscheinen. Der Grund ist nicht Mangel an politischem Interesse, sondern die aus alter Zeit stammende unbequeme Einrichtung der Versammlung, bei welcher die anwesenden Bürger oft auf 10 Stunden in ein wenig geeignetes Local eingeschlossen werden. Die Bürgerconvente werden allein vom Rathe angesetzt. Bei denselben ist er ebenfalls in abgesonderten Zimmern gegenwärtig. Die Bürgerschaft erscheint vor ihm und empfängt nach geschehener Verlesung den Antrag des Rathes schriftlich. Sie entfernt sich mit diesem in ihr Local, faßt Beschlüsse, macht eigne Anträge u. s. w., und übergibt dem Rathe das Resultat auf gleiche Weise. Die Anträge des Rathes und die Erwiderung der Bürgerschaft werden gedruckt. Die Bürgerschaft nimmt einen gleichen Antheil an der Staatshoheit mit dem Rathe in Anspruch, ihre Genehmigung ist bei jedem Acte der Staatsgesetzgebung, wie bei allen wichtigen das Privatrecht betreffenden Verordnungen, ebenso bei Staatsverträgen nothwendig. Sie hat ferner gleichen Antheil bei dem Besteuerungs- und Finanzrechte, wie sie denn auch das jährliche Budget mitbewilligt. Die Staatsverwaltung wird vom Rathe und der Bürgerschaft gehandhabt; an allen Administrationszweigen nehmen bürgerliche Deputirte Theil. Unter der Bürgerschaft nimmt das Collegium der Aelterleute besonders Theil an der Leitung der Staatsangelegenheiten. Der Ursprung des Collegiums wird in der Vorsteherschaft über die nicht zünftigen Kaufleute gefunden. Allmälig hat dasselbe großen Einfluß auf die Verhandlungen der Bürgerschaft mit dem Rathe gewonnen. Frühere Streitigkeiten zwischen den Aelterleuten und dem Rathe sind durch den sogenannten kurzrockischen Vergleich von 1681 beseitigt. Die Zahl der Aelterleute ist nicht fest bestimmt, gegenwärtig sind deren 18. Das Collegium ergänzt sich ohne Concurrenz des Rathes und der Bürgerschaft. Es besitzt ein eignes Haus, hat eine eigne Casse, ein nach alter Weise sehr geheim gehaltenes Archiv, verfügt über eine im Budget jährlich auszusetzende Summe und führt ein eignes Wappen. Seine beiden rechtsgelehrten Consu-

lenten heißen Syndiker. Der erste Syndicus ist auf den Bürgerconventen der Worthalter der Bürgerschaft. Bei jeder bürgerlichen Deputation müssen einige Mitglieder des Collegiums gewählt werden. Das Collegium hat auch die Eigenschaft eines Commerzcollegiums, sorgt für das Fahrwasser der Weser bis zur See und veranlaßt besondere Kaufmannsconvente[7]).

Das bremische Staatsrecht beruht fast ganz auf dem Herkommen. Als Staatsgrundgesetze werden gewöhnlich angeführt das Statut 1 von 1433, genannt die Tafel, und die neue Eintracht von 1534. Das erste Gesetz entstand bei der aristocratischen Reaction gegen die democratische Bewegung von 1428. Es bestimmt im Wesentlichen nur, daß der alte Rath wieder in die Stelle des 1428 geschaffenen neuen Raths tritt, und sagt ausdrücklich: dat de menheit, kopman unde ampte bi eren olden lofliken seeten, wohnheit, vriheit unde rechte jo bliven scholen. Die neue Eintracht von 1534 schaffte das aufrührerische Regiment der 104 Männer ab, setzte den Rath in seine frühere oberste Stellung wieder ein und gab ihm das Recht, zur Mitberathung diejenigen Bürger zu berufen, welche er wolle. Diese Willkür ist denn nur in der oben geschilderten Weise practisch geworden. In dem Gesetze wird aber zugleich die Tafel von 1433 und damit auch die olde vryheit unde rechte der Gemeine bestätigt. Das Herkommen bleibt also doch die Hauptquelle des Staatsrechtes[8]).

Das bürgerliche und peinliche Recht beruht in Bremen zunächst auf einheimischen Rechtsnormen, zur Ergänzung dienen das gemeine römische und teutsche Recht. Von jenen sind zuerst zu erwähnen die Statuten von 1433. Sie bestehen aus 106 Statuten, 5 Artikeln (vif Stucke) enthaltend Strafverfügungen und 102 Ordelen. Der größte Theil ist als Prozeß- und Polizeirecht betreffend veraltet. Practisch sind aber besonders diejenigen Vorschriften geblieben, welche das Güterrecht der Ehegatten und das Erbrecht betreffen. Die Hauptsätze dieses Systems, welches übrigens zum Theil auf einer usualen Interpretation der Statuten beruht, sind folgende: Die zwischen bremischen Ehegatten eingegangene Ehe bewirkt ein Gesammteigenthum an allen beiderseitigen Gütern und aller Errungenschaft und eine Verhaftung des Sammtgutes für die bei Eingehung der Ehe vorhandenen Schulden. Während der Ehe hat der Mann die vollständige und unbeschränkte Verwaltung des Sammtgutes, jedoch kann er titulo gratuito unter Lebenden und von Todes wegen nur über den Kopftheil verfügen, welcher ihm nach Einzählung der Frau und jedes Kindes zukommt. Die Frau hat dagegen während der Ehe nur ein Verfügungsrecht in Haushaltungssachen und von Todeswegen kann sie ohne be-

---

7) J. A. Meyer, Blicke in die Geschichte der Aelterleute Nr. 23.

8) Auf Anregung der Bürgerschaft ist im Februar 1831 ein Ausschuß von Rath und Bürgerschaft zur Entwerfung einer neuen Verfassung niedergesetzt. Der 1837 publicirte Entwurf entspricht aber so wenig der Erwartung der Bürgerschaft, daß derselbe wohl schwerlich angenommen werden dürfte.

sondere Zustimmung des Mannes nur über ihre drei besten Kleider disponiren. Stirbt die Frau zuerst und hinterläßt Mann und Kinder, so erbt der Mann ausschließlich. Hinterläßt sie einen Mann allein, so wird der Mann Erbe und behält das Sammtgut unter Ausschluß aller Ascendenten oder Seitenverwandten der Frau. Stirbt der Mann zuerst und hinterläßt eine Frau ohne Kinder, so tritt ganz das obenerwähnte Resultat wieder ein. Hinterbleiben aber Frau und Kinder, so werden diese zusammen seine Erben nach Kopftheilen, jedoch in der Art, daß die Wittwe die freie Verwaltung und den Nießbrauch des Ganzen hat, den Kindern aber Kopftheile zum vollen Eigenthum zugeschrieben werden, welche ihnen die Mutter nicht entziehen darf. Das Eigenthumsrecht der Kinder an diesen ideellen Antheilen ist so stark, daß die Mutter sich einen Arrest auf dieselben von Seiten der Creditoren der Kinder, natürlich unbeschadet ihres lebenslänglichen Nießbrauches, gefallen lassen muß. Nach Statut 7 kann der volljährige Sohn und die sich verheurathende Tochter die Aushändigung ihrer Kopftheile verlangen, doch hat man dieß in neuerer Zeit, obgleich wohl mit Unrecht, als durch bloßen Nichtgebrauch abgekommen, darstellen wollen. Ueber ihren Kopftheil kann die Wittwe frei verfügen. Schreitet die Wittwe, welche Kinder hat, zur zweiten Ehe, so muß sie zuvor abtheilen. Sie erhält ihren Kopftheil und ein in Haushaltungs- und Kleidungsstücken bestehendes Voraus, von dessen Werth sie jedoch den Kindern noch $\frac{2}{3}$ vergüten muß. Im gesetzlichen Erbrechte gehen die Eltern den Geschwistern vor; jedoch vererbt der ideelle Antheil eines nicht abgetheilten Kindes, nach der richtigeren Meinung, nicht auf die mit den anderen Kindern die Gütergemeinschaft fortsetzende Mutter allein, sondern auf die gesammte Wehre. Das Sondergut eines solchen ohne Descendenz verstorbenen Kindes erbt die verwittwete Mutter ganz allein.

Nach den Statuten von 1433 ist die kundige Rulle von 1489, deren letzte Redaction von 1756 ist, zu erwähnen. Sie enthält meistens Polizeivorschriften und wurde früher vom Rathhause aus den auf dem Markte versammelten Bürgern vorgelesen. — Die spätere Rechtsbildung beruht dann auf einzelnen Verordnungen, deren wichtigere hier chronologisch angeführt werden sollen. Diek Recht in den Bremischen veer Goden von 1449. Verordnung von 1555 März 15 betreffend die Einführung des iuris repraesentationis. Schiffsordnung und Seerecht der Hanfestädte von 1614, Mai 26. Banquerottierordnung von 1620, April 30. Edict wider die Banquerottierer von 1707, Jan. 6. Verordnung, betreffend den Concurs auf dem Lande, von 1707, Juni 7. Concursordnung von 1711, Juni 25. Wechselordnung von 1712, März 22 [9]). Verbot des heimlichen Verlöbnisses von 1750, März 21. Gerichts- und Notariatsordnung und transitorische Bestimmungen von 1820, Nov. 9. Aufhebung des 29. Statutes von 1826, Jan. 23. Vormundschaftsordnung von 1826, August 7. Gesindeordnung von 1829, Oct. 12. Definitive Oberappellationsgerichtsordnung von 1831,

9) Eine neue Wechselordnung wird gegenwärtig vorbereitet.

Aug. 29. Verordnung, betr. die Verbindlichkeit der Rheder aus den Handlungen des Schiffers, von 1832, Jan. 9. Erbe- und Handfestenordnung von 1833, Dec. 19. Verordnung, die Errichtung der Ehepacten betreffend, von 1833, Dec. 19. Verordnung, die Beweiskraft der Schuldscheine und Quittungen sowie die exceptio legis Anastasianae betreffend, von 1833, Dec. 19. — Die Verordnungen sind zum größeren Theile gesammelt in den in Note 1 erwähnten Büchern. Ein ganz vorzügliches Realregister über die Verordnungen von Dr. Karl Theodor Oelrichs ist in Note 1 aufgeführt. —

Die bremischen, allein von Senatoren bekleideten Gerichte sind folgende:

1) Das Obergericht. Es bildet für alle Civilsachen, deren Gegenstand den Werth von dreihundert Reichsthalern übersteigt, sowie in bedeutenden Criminalfällen die erste Instanz. In allen anderen Rechtssachen entscheidet es in zweiter Instanz.

2) Das Untergericht. Dasselbe urtheilt in allen Civilsachen, für welche nicht das Obergericht die erste Instanz bildet. Für geringfügige Sachen (bis zum Werthe von 30 Thlrn.) werden besondere Sitzungen gehalten, in welchen zu Protocoll dictirt wird und die Parteien gewöhnlich selbst erscheinen.

3) Das Criminalgericht. Es führt in allen peinlichen Fällen die Untersuchung und entscheidet, sofern es sich nicht um bedeutende, in der Gerichtsordnung näher bestimmte Strafen handelt, welche nur vom Obergerichte erkannt werden können. In besonderen Sitzungen entscheidet das Criminalgericht über die als Parteisachen behandelten Injurien.

4) Das Amt Vegesack. Es hat für den Flecken Vegesack dieselbe Jurisdiction, welche für die Stadt und das übrige Gebiet dem Untergerichte und dem Criminalgerichte zusteht.

5) Das Amt Bremerhaven. Damit verhält es sich ganz ebenso wie mit dem vorerwähnten.

Für Verbrechen, deren sich Mitglieder der Bürgerwehr oder des Contingents in Dienstsachen schuldig machen, werden besondere Gerichte aus Mitgliedern des Contingents oder der Bürgerwehr bestehend berufen. Ein Senator führt den Vorsitz. Das Oberappellationsgericht in Lübeck ist schon oben erwähnt worden. Watermeyer.

Breve[1]) ist ein päbstliches Rescript, welches in minder feierlicher Form erlassen wird.

Eigentlich bezeichnet der Ausdruck ein kurzes Schreiben (brevis epistola), einen Brief[2]), erst später erhielt er eine engere Bedeutung

---

1) Man sehe Neues Lehrgebäude der Diplomatik, welches in Frankreich von einigen Benedictinern aufgeführt wurde, Th. I. §. 468 flg. Th. VII. §. 665, 738, 806, 808, 821, 830. Th. IX. §. 1110 flg. (Erfurt 1789. gr. 4.) Hunold Plettenberg notitia congregationum et tribunalium Curiae Romanae. (Hildesii 1693. 8.) p. 497 sq.

2) Die Ableitung dieses Wortes vom alten: riben, riten (sculpere) (Ful-

in der Anwendung auf päbstliche Schreiben. Schon früh findet sich bei diesen der Unterschied, daß sie offen oder verschlossen versendet wurden (literae patentes, in secreto). Die letzteren wurden zusammengelegt und auf der Rückseite mit Wachs versiegelt. Seit dem 13. Jahrhunderte bedienten sich die Päbste dabei eines Siegels, in welchem der Apostel Petrus abgebildet war, sitzend in einem Nachen und die Angelschnur ins Wasser senkend (annulus piscatoris)[3]). Seit derselben Zeit wurden überhaupt einfache Rescripte, nämlich weniger solenn in der Ueberschrift und Subscription, erlassen und diesen seit dem 15. Jahrhunderte die Form gegeben, welche sie noch jetzt haben und für die Breven characteristisch ist (im Gegensatze der Bullen, s. d. Art.).

Die Ueberschrift enthält den Namen des Pabstes mit dem Zusatze Papa und der Angabe der Zahl, welche der Pabst in der Reihe der Gleichbenannten führt. Dann folgen die Worte: ad perpetuam rei memoriam, oder salutem et apostolicam benedictionem. Am Schlusse steht die Jahreszahl einfach, ohne Zufügung der Indiction u. s. w. Die Breven sind bald offen, bald verschlossen. Bei den letzteren war bis auf Eugen IV. die Form: sub sigillo nostro secreto, seitdem: sub annullo piscatoris die übliche. Auf dem Siegel steht im Kreise der Name des Pabstes und seine Zahl. Es wird rothes Wachs dabei gebraucht und eine dreifach geflochtene weiße Schnur umhergelegt. Das Material des Breve ist weißes Papier oder Pergament. Je nach ihrem Gegenstande werden sie im päbstlichen Secretariat oder in der Dataria ausgefertigt und vom Secretär der Breven, einem Cardinal, unterzeichnet[4]). Bald werden sie gratis ertheilt, bald dafür eine bestimmte Taxe entrichtet (taxirte Breven), welche der Praefectus brevium approbirt. Unverschlossen ergeht ein Breve, wenn ohne Zufügung des sie veranlassenden Gesuchs dasselbe zu allgemeiner Kunde gebracht oder dasselbe an einen Juden oder eine jüdische Gemeinde gerichtet ist[5]).

---

da, Preisschrift über die beiden Hauptdialecte der teutschen Sprache S. 7 flg.) ist nicht annehmbar. Sie scheint für das gothische wrute und engl. write zu passen. Man sehe auch Grimm, teutsche Grammatik I. 207. 359. Anm. — Der Ausdruck breve testatum findet sich öfter im longobard. Lehnrechte, I. S. 2. §. 1. 4. pr. §. 3 flg. Im 8. Jahrh. bezeichnet breve die Pergamentrolle, auf welcher die Namen der verstorbenen Glieder eines Klosters und der Wohlthäter desselben eingetragen waren (s. das cit. neue Lehrgebäude der Diplomatik Th. VIII. §. 88).

3) Ein bestimmtes Zeugniß dafür haben wir von Clemens IV., der im Jahre 1265 sich darüber äußert: Non scribimus tibi nec familiaribus sub bulla, sed sub piscatoris annulo, quo Romani pontifices utuntur in secretis. (s. Carbonellus in Chron. Hispan. p. 68. cit. bei Du Cange Glossar. s. v. sigillum piscatoris. Mabillon de re diplomat. p. 130.) Vgl. A. Will specimen diplomaticum de annulo piscatoris. Altorfi 1788.

4) Genaue Bestimmungen darüber hat Benedict XIV. in der Constitution: gravissimum ecclessiae universae, vom 26. Nov. 1745 erlassen (siehe Bullar. Magnum ed. Luxemburg T. XVI. p. 334 sq.).

5) Plettenberg l. c. p. 501.

Insofern nicht eine Gewissensangelegenheit Gegenstand des Breve ist, bedarf es des Placet der Staatsbehörde[6]). H. F. Jacobson.

Briefe (Breve). Unter Brief im allgemeinen Wortverstande denkt man sich eine schriftliche, an eine oder mehrere Personen gerichtete Privatmittheilung[1]). Eben darin liegt auch schon die Präsumtion, daß das Geheimbleiben der Wunsch und Wille des Betheiligten sei: denn es stehen ja noch gar viele Wege zu Mittheilungen offen, wie durch Erklärung vor Zeugen, durch offenes Sendschreiben, durch Zeitungen und Zeitschriften, durch Circulare, durch Ausrichtung irgend einer Mittelsperson u. s. w. Wer den Weg der Privatcorrespondenz wählt, muß etwas zu sagen haben, was entweder für eine Mehrheit von Menschen uninteressant ist, oder worüber er ein allgemeines Gespräch zu erregen unpassend, unvortheilhaft, ja gefährlich finden würde.

In juristischer Beziehung kommen Briefe theils civilrechtlich, theils criminalrechtlich in Betracht.

I. Bei dem urkundlichen Beweise im Civilprozesse kommt häufig der Fall vor, daß von Briefen[2]) Gebrauch gemacht wird, um, wo nicht die Gewißheit, doch die Wahrscheinlichkeit einer vom Gegner in Abrede gestellten Thatsache zu begründen. Es versteht sich von selbst, daß Briefe, als Privaturkunden, an und für sich nie einen vollen Beweis liefern können, es müßte denn gerade die Wahrheit des Inhaltes durch Geständniß erhärtet werden. Ist der Probant im Besitze des Briefes, auf den er eine Behauptung stützt, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß er ihn vor Gericht produciren darf, wenn gleich damit nicht selten eine große Indiscretion verbunden ist. Es wurde in neuester Zeit mit vieler Umsicht die Frage erörtert: in welchem Augenblicke das Eigenthum an einem Briefe erworben werde[3]), und dabei gezeigt, daß eine Tradition und der animus acquirendi, ebenso wie bei allen anderen Objecten, dazu gehöre. Die Absicht des Eigenthumsübertrages geht aus der Aufschrift des Briefes hervor[4]) und die Besitzergreifung kann

---

6) Ueber die Ausgaben s. m. d. Art. Bulle.

1) Eberhard macht in seinem synonymischen Wörterbuche Nr. 1069 die Unterscheidung, daß das Wort Brief die schriftliche Anrede an eine oder mehrere Personen von Seite ihrer Form und das Wort Schreiben von Seite ihres Inhaltes bezeichne. Dieß ist im Ganzen richtig, aber man muß hinzusetzen, daß der Brief vorzugsweise Privatverhältnisse bespricht, während das Schreiben namentlich auch amtliche Mittheilungen in sich begreift.

2) Es ist hier nur von Briefen im engeren Sinne die Rede und nicht von den uneigentlich sogenannten Stiftungs-, Schenkungs-, Kauf-, Tausch-, Pachtbriefen u. s. w., welche unter die Art. Instrument, Urkunde gehören.

3) Sell im Archiv für civil. Praxis Bd. XXI. Heft 1. S. 130—158. Es ist dabei besonders Rücksicht auf die L. 14. §. 17. D. de furtis (47. 2.) genommen.

4) Die Rücksendung kann aber ausdrücklich vorbehalten werden, und alsdann kommen die Worte obiger Stelle zur Anwendung: dominium meum manet, quia eius (epistolae) nolui amittere vel transferre dominium.

entweder in Selbstperson oder durch Stellvertreter[5]) geschehen, und zwar durch Dienstboten nach den Grundsätzen von locatio conductio operarum oder mandatum[6]).

Wenn aber auch unbestritten ist, daß die Adressaten Eigenthumsrechte an den Briefen erlangen, so fragt es sich, ob sie unter gewissen Umständen nicht gezwungen werden können, dieselben zur Beweisführung des Klägers herauszugeben. Man sollte auf den ersten Blick wohl glauben, daß die Edition eines vom Kläger selbst geschriebenen Briefes weit weniger Bedenken unterliege, als die Edition anderer Urkunden[7]): weil nämlich der Schreiber über die von ihm ohne fremdes Zuthun producirten Gedanken stets ein natürliches Verfügungrecht behält. Es kann aber daraus nur folgen[8]), daß er überall, auch außer dem Briefe, und abgesehen davon, ob es dem Adressaten angenehm sei oder nicht, seine Gedanken anwenden und verbreiten darf[9]); das Eigenthum des Briefes selbst steht aber ein- für allemal ungetheilt der Person zu, welcher es durch die Adresse ohne Vorbehalt tradirt wurde. Es gelten daher hierüber dieselben Grundsätze, welche im Allgemeinen hinsichtlich der Edition (s. daselbst) recipirt sind. — Ein besonderes Verhältniß tritt jedoch bei Handelsbriefen ein. Da es im Handel niemals üblich war, die Verträge anders, als durch mündliche oder schriftliche Rücksprache abzuschließen, so müssen die Geschäftsbriefe hier auch eine ganz besondere Bedeutung gewinnen[10]). Sie sind auf denselben Grundsatz der Gesetzgebungspolitik, wie die Handelsbücher, zurückzuführen: beide sind in der Regel die einzigen Urkunden, die über die Rechtsverhältnisse der Handelsleute Auskunft geben[11]); auch im Wechselrechte dienen die Avisbriefe als wesentliche Ergänzungen und man kann eben darin, daß der Ausdruck: Wechselbrief (lettre de change)[12]) gemeingiltig wurde, einen sprachlichen Grund finden, daß das Publikum in der Handelswelt einen Brief mit einem Vertragsinstrumente

---

5) L. 1. §. D. de procur. (3. 3.) Caius II. §. 86, 87, 89, 90. Ulpiani fragm. tit. XIX. §. 18—21. §. 1 u. 3. J. per quas pers. (2. 9.)

6) Sell a. a. O. S. 136.

7) Die bemerkenswerthesten Abhandlungen über diesen Gegenstand sind: Kossel de causs. oblig. ad edend. instrum. Goett. 1796. v. Blattner, über die Edition gemeinschaftlicher Urkunden, besonders der Handelsbriefe, Würzburg 1827. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden, Heidelberg 1835.

8) v. Almendingen hat in Grolman's Magazin Bd. I. Abh. 7. S. 352 nachgewiesen, welche Grenzen der sprichwörtlich gewordene favor probationum habe.

9) Ebenso darf ja auch ein Schriftsteller trotz der Gedankenfreiheit die einmal niedergeschriebenen Gedanken nicht zum zweitenmal in der ursprünglichen Form ediren, bis eine Auflage vergriffen ist.

10) Sehr gut ist dieß ausgeführt von Blattner a. a. O. §. 19.

11) Dieß erkannte schon das röm. Recht, wiewohl dort der Handel noch in seiner Kindheit war, an, indem die Rechnungsbücher der argentarii und nummularii (s. daselbst) privilegirt waren.

12) Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes 5. Aufl. Bd. II. S. 737.

gleich halte. Das Beweisprivilegium für die als correlate anzusehenden Handelsbücher und Handelsbriefe [13]) besteht darin, daß sie, wenn sonst an ihrer hergebrachten Form nichts mangelt und eine Fälschung nicht wahrscheinlich gemacht werden kann, halben [14]) Beweis begründen, welches jedoch von Briefen allein, die außer Bezug mit den Büchern stehen, nicht gelten kann, da ihnen die fides publica abgeht, welche diese durch die Paraphirung erhalten. Handelsbriefe werden von den meisten Civilisten als gemeinschaftliche Urkunden behandelt, und zwar mit Recht [15]), da die Erklärungen des Offerenten und Acceptanten nur zusammengenommen ein Ganzes ausmachen und ein Schreiben auf das andere hinweist. Da dieser Grundsatz jedoch die Editionsklage im Handelsrechte leicht zu sehr begünstigen möchte, so muß man die Beschränkung hinzufügen, daß Herausgabe der Handelsbriefe nicht verlangt werden dürfe, wenn sie Gegenstände berühren, die nicht das fragliche Rechtsgeschäft angehen und die der Adressat geheim zu halten ein nachweisbares Interesse hat [16]).

Es muß hier auch die Frage angeregt werden: ob es erlaubt sei, Briefe, die von dritten Personen herrühren, drucken zu lassen? Bei der Veröffentlichung des Gleim'schen, Stein-Gagern'schen und Rahel'schen Briefwechsels sind hierüber sehr verschiedenartige Ansichten aufgestellt worden, aber meist von Unberufenen, von Bellettristen, und es wäre daher wohl der Mühe werth, daß einmal tiefer in die Sache eingegangen würde. — Die Absicht, unter der ein Rechtsgeschäft eingegangen wird, muß wohl dem rationellen Juristen immer als das wichtigste Moment zur Beurtheilung erscheinen. Wenn nun aber auch, wie vorhin erwähnt wurde, der Erwerb des Eigenthums an einem auf redlichem Wege empfangenen Briefe außer Zweifel steht, so darf man doch wohl beifügen, daß immer eine Präsumtion dafür spreche, daß das Gebrauchsrecht auf Privatkreise beschränkt sein solle [17]), weil

---

13) Der Code de commerce schreibt deshalb im Art. 8 a. E. vor, daß jeder Handelsmann ein Correspondenzbuch führen muß, in welches er nicht allein die empfangenen Briefe alle einheftet, sondern auch Abschriften der abgeschickten einträgt.

14) Code de comm art. 12. Code civil. art. 1329, 1330, 1367. Die Bücher der argentarii lieferten sogar vollen Beweis. Nov. 136. cap. 6.

15) Anderer Meinung ist Mittermaier a. a. O. S. 31, 32. Wenn es aber auch eingeräumt werden muß, daß der Grundsatz: die Antwort auf einen Brief gehöre nothwendig als relatum zum referens, die Gemeinschaftlichkeit der Correspondenzen an und für sich nicht begründe, so muß die besondere Natur der Handelsgeschäfte doch für Handelsbriefe eine solche Annahme rechtfertigen.

16) Die L. 2. Cod. quanta et quibus quarta pars (10. 34.) sagt: Quid enim tam durum, tamque inhumanum est, quam publicatione pompaque rerum familiarum et paupertatis detegi vilitatem, et invidiae exponere divitias.

17) In den meisten Fällen wird der Titel des Eigenthumserwerbes an Briefen eine donatio sub modo sein, wobei man in Ansehung des Gebrauches und des Verwendungszweckes oder der Dauer des Rechtes jede beliebige Einschränkung hinzufügen kann. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechtes Th. II. §. 445.

gerade durch die Absendung eines verschlossenen Schreibens der Autor, wie gesagt, zu erkennen gibt, daß er den Weg der Oeffentlichkeit vermeiden wolle; macht er daher seine Mittheilung im Geheimen, so kann seine Absicht [18]) nicht dunkel sein. Nur mit Einwilligung des Schreibers oder seiner Erben können also Privatbriefe zum Drucke befördert werden und wenn es dessenungeachtet oft geschieht, so beweist dieß nur, daß von dem Protestationsrechte meistentheils kein Gebrauch gemacht wird.

II. Im Strafprozesse können Briefe um so wichtigere Aufschlüsse geben, als die Correspondenten nicht daran zu denken pflegen, daß ihre Gedanken einer öffentlichen Behörde bekannt werden und sich daher meist rückhaltslos, unvorsichtig und ohne planmäßige Ueberlegung aussprechen.

Wenn es aber im Zwecke der Untersuchung liegt, die Wahrheit auf jede erlaubte Weise zu erforschen, so ist es eine petitio principii, deshalb zu behaupten, daß der Briefwechsel aller in die Untersuchung verwickelten Personen dem Richter verfallen sei. Es muß vor Allem die Frage beantwortet werden: ob dem Staate überhaupt ein Recht zustehen könne, in die Briefgeheimnisse einzudringen. Dabei wird es nothwendig, auf die Grundprincipien des Inquisitionsprozesses zurückzugehen [19]).

Alle Maßregeln, welche die bürgerlichen Freiheits- und Eigenthumsrechte beeinträchtigen, können nur dann eintreten, wenn 1) der Thatbestand eines Verbrechens, wo nicht gewiß, doch wahrscheinlich gemacht ist; 2) wenn gegen eine bestimmte Person Verdacht der Thäterschaft begründet ist [20]). Da nun die Verletzung des Briefgeheimnisses jedenfalls zu den lästigsten Erforschungsmitteln gehört, so muß es feststehen, daß Niemand sich dieselbe gefallen zu lassen braucht, so lange jene Vorbedingungen nicht beide erfüllt sind. Wo also nur Vermuthung eines Verbrechens vorliegt, und der Beweis erst durch Ergreifung der Briefe erzielt werden soll, kann sich jeder Betheiligte über widerrechtliche Gewalt beschweren.

---

18) Mühlenbruch a. a. O. Th. I. §. 115. Nr. 3. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechtes Bd. II. §. 347. Vgl. Code civil. art. 1160.

19) Diese Lehre ist ausführlich abgehandelt in: v. Jagemann's Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde (Frankfurt 1838.) §. 100—115. Ferner sind zu vergleichen zwei Aufsätze im neuen Archiv des Criminalrechtes, a) über Brieferbrechung als Wahrheitserforschungsmittel (Bd. II. S. 452—461); b) über Zwang zur Herausgabe von Urkunden im Strafprozesse (Bd. V. S. 306—324). Die peinliche Gerichtsordnung enthält eben so wenig Etwas darüber, als die bamb. und andere teutsche Quellen. Dagegen handeln alle neueren Gesetze davon: Preußische Criminalordnung §. 305—307. Bayer'sches Strafgesetz. Th. II. Art. 246, 256, 257. Hannov. Entw. Art. 180, 187 a. E. Würtemb. Entw. Art. 222. Code d'instr. crim. art. 36—39, 87. Wo aber auch keine positive Bestimmungen existiren, hat sich die Praxis in der hier darzustellenden Weise fast überall gleichmäßig ausgebildet.

20) Diese Vorfragen sollen nach dem österr. Gesetze über Verbrechen Th. I. §. 234. überhaupt jedesmal beim Anbeginn einer Untersuchung erörtert werden.

Ist aber auch der Thatbestand anderweit verificirt, so darf der Angeschuldigte nicht sofort seiner Briefschaften beraubt werden, sondern es muß ferner noch actenmäßiger Grund zur Annahme vorliegen, daß dieselben mit der verbrecherischen That in einigem Zusammenhange stehen und ein neues Licht über die Untersuchung verbreiten dürften [21]).

Daraus folgt, daß Briefe von der Hand des Richters unberührt bleiben müssen, wenn das Verbrechen an und für sich oder in der concreten Erscheinung eine Vorbereitung oder Benutzung der Erfolge mit Anderen nicht voraussetzen läßt [22]). Bei Weitem die größere Menge der Verbrechen wird ohne irgend eine Beihilfe oder von solchen Personen verübt, die nicht im Stande sind, durch Correspondenz förmliche Pläne anzuzetteln; die Fälle, wo sich der Richter der letzteren bemächtigt, können also nur äußerst selten vorkommen, und es sind dazu namentlich zu rechnen: Staatsverbrechen [23]), Cassenveruntreuungen, Bankerotte, Fälschungen und überhaupt die Verbrechen, zu deren Ausführung ein schlaues, vielseitig durchdachtes Ineinandergreifen gehört.

Daß jedoch in diesen letzteren Fällen der Inquirent nicht nur das Recht, sondern die Pflicht hat, auf die Briefschaften aller Verdächtigen auszugehen, läßt sich aus dem Satze erweisen, daß alle Beweismittel [24]), von denen irgend eine Spur bekannt wird, zur Kenntniß des Strafrichters gebracht werden müssen [25]), damit dieser die Ueberzeugung gewinne, daß seinem Erkenntnisse keine Prämisse mangele, die unter den gegebenen Umständen zu eruiren war, und zwar nicht sowohl zur Begründung der Anklage, als der Deculpation, der Milderungsgründe.

Auf zweierlei Wegen kann man in den Besitz von Briefen gelangen:

A) Durch Beschlagnahme der Papiere, worunter sich in der Regel Briefe befinden. Diese richtet sich ganz nach den über die Haus-

---

21) Vergl. preuß. Criminalordn. §. 305. Das Erforderniß der Actenmäßigkeit der Motive steht übrigens in keinem Gesetze.

22) Kitka, über Erhebung des Thatbestandes (Wien 1831.) S. 284.

23) Gerade deshalb, weil Beschlagnahme der Papiere gewöhnlich nur bei Personen stattfindet, die sich mit wissenschaftlichen Arbeiten beschäftigen, erkennt Mittermaier (neues Archiv des Criminalr. S. 310) eine besonders drückende Maßregel darin.

24) Martin, Lehrbuch des Criminalproz. 4. Aufl. §. 127. Stübel, Criminalverfahren Bd. II. §. 590—592.

25) Man wird diese Ansicht nicht wohl durch die L. 2. §. 2. D. de iure fisci (49. 14.) widerlegen können, wo es heißt: Item divi fratres ad libellum cornelii Rufi rescripserunt, toties edenda esse instrumenta, quoties de iure capiendi, vel de iure dominii, vel de aliqua simili re numaria quaeratur, non si de capitali causa agatur. Denn diese Stelle bezieht sich blos auf den Anklageprozeß, wo es auch heutzutage vom Beschuldigten nicht zu verlangen wäre, daß er seinem Feinde die Beweismittel in die Hände gebe; im Untersuchungsverfahren muß aber ein Jeder, gegen den ein Verdacht begründet ist, kraft des Subjectionsverhältnisses, die verlangte Auskunft ertheilen oder Gewaltmaßregeln gewärtigen.

suchung recipirten Grundsätzen, nur mit der Beschränkung, daß sie nie anders, als im Beisein des Inculpaten oder eines seiner nächsten Freunde und immer vom Richter persönlich vorgenommen werden muß, weil diese Visitation eine zu delicate Sache ist, als daß sie ohne Controle des Betheiligten, der vielleicht sehr werthvolle Papiere hat, und von gewöhnlichen Officianten ausgeführt werden könnte. Wo es der Papiere zu viele sind, als daß sie in angemessener Frist durchsucht und geprüft werden könnten, ist es gestattet, dieselben, nachdem sie erst in Päcke versiegelt sind, auf das Criminalbüreau zu bringen, um sie dort gründlich zu sichten, wonach die irrelevanten gegen Bescheinigung zurückgegeben werden[26]).

B) Hinsichtlich der nach begonnener Specialuntersuchung abgehenden und ankommenden Briefe ist abermals ein Unterschied zu machen, je nachdem die Inculpaten verhaftet sind oder nicht.

a) Daß ein Gefangener weder einen Brief, noch sonst etwas ohne Vorwissen des Untersuchungsrichters schreiben darf, geht von selbst aus der Hauspolizei hervor: denn es mag der Verhaftsgrund bestehen in was er wolle, so ist immer der natürliche und zunächstliegende Zweck der Einsperrung die gänzliche Abschließung von der Außenwelt[27]), welcher aber nicht festgehalten werden könnte, wenn dem Arrestanten die Möglichkeit, mit Freunden und Helfershelfern zu correspondiren und mithin auch Pläne zur Vereitlung der Absichten des Inquirenten zu verabreden[28]), frei gegeben wäre. Dagegen kann es aber auch keinem Arrestanten verweigert werden, Briefe zu schreiben, die er dem Richter zur Durchsicht vorzulegen bereit ist, vorausgesetzt, daß er nicht schon einmal diese Erlaubniß hinterlistig mißbraucht hat[29]). Der Gefangenwärter ist verantwortlich, daß der Inquirent jeden im Arreste geschriebenen Brief vor dem Abgange zu sehen bekommt, und dieser muß dann sofort entscheiden, ob der Brief an seinen Bestimmungsort gelangen dürfe[30]). Im verneinenden Falle muß der Gefangene von den Anständen in Kenntniß gesetzt und ihm überlassen werden, ob er einen neuen, unverfänglichen Brief schreiben wolle; im bejahenden Falle aber darf der Richter nie versäumen, seine Gutheißung unter der letzten Zeile zu bemerken, damit Niemand, dem der Brief in die Hände kommt, glaube,

---

26) Bayer, Strafges. Art. 256, 257. Würtemb. Entwurf §. 222.

27) Mittermaier, Strafverfahren Bd. I. S. 301.

28) Auch aus dem Art. 11 der peinl. Gerichtsordn. Damit sie sich onewarhafftiger sage mit eynander nit vereynigen, oder wie sie ihre that beschonen wollen unterreden mögen, läßt sich dieß analogisch ableiten, wiewohl dieser Artikel sonst, hinsichtlich des Collusionsverhaftes, ganz falsch ausgelegt zu werden pflegt.

29) v. Jagemann, Handb. der ger. Untersuchungskunde §. 107, 223.

30) Man kann sich dabei nicht lebhaft genug vergegenwärtigen, wie viel einem Gefangenen und den Seinigen daran gelegen sein muß, von dem Stande der Gesundheit, der Familien- u. Geschäftsverhältnisse von Zeit zu Zeit Nachricht zu erhalten. Wenn das Benehmen eines Inquisiten tadellos ist, kann man ihm daher gestatten, öfter, ja täglich an die nächsten Verwandten zu schreiben.

es sei eine Hintergehung im Spiele, die allenfalls auch ferner versucht werden könne.

Uebrigens müssen alle Arrestanten, denen nicht ausnahmsweise die Beschäftigung mit Schreiberei gestattet ist, ihre Briefe auf der Stube des Gefangenwärters, oder sonst an einem Orte außerhalb ihrer Zelle schreiben, damit sie nicht etwa Schreibmaterialien für andere Absichten zurücklegen können.

Die Briefe, welche an Verhaftete eingehen, bleiben, wenn keine Complicität und Collusion zu unterstellen ist, so lange ganz unberücksichtigt[31]), als sie nicht bei der Untersuchungsbehörde abgegeben werden; Letzteres geschieht alsdann gewöhnlich, wenn die Gefangenen am Orte ihres Aufenthaltes kein Domicil oder doch keine nahen Verwandten haben, welche ihre Privatgeschäfte versehen. Die an den Gefangenwärter oder Verhörrichter abgelieferten Briefe müssen alsdann angenommen werden, indem dieser der gesetzliche Vertreter der Interessen des Verhafteten ist[32]); sie werden in derselben Weise eröffnet, wie nachher näher beschrieben wird.

Mit Schwierigkeiten ist es jedoch oft verknüpft, in den Besitz der eingehenden Briefe zu gelangen, wenn man Grund hat, dieß zu wünschen. Höchst selten wird Jemand auf der Adresse eines Briefes bemerken, daß die fragliche Person im Arreste sitze, wenn es auch nur des Vorurtheils halber wäre, solche Bekanntschaften nicht gern verrathen zu wollen. Die Briefträger aber, welche vom Publikum leben und sich daher gut mit Jedermann zu halten suchen, bringen gewiß nicht ohne ausdrückliche Anweisung einen Brief in die Hände des Untersuchungsbeamten. Man kann daher veranlaßt sein, hier die nämlichen Maßregeln zu nehmen, wie

b) wenn der Inculpat nicht verhaftet ist. Um die Correspondenz eines solchen kennen zu lernen, wendet man sich

α) an die Postbehörde[33]) mit dem Ersuchen, alle von ihm auf-

---

31) Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 140. Anm. 8. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 91.

32) Man glaube nicht, daß diese Vertretung nur so lange dauere, als der Inculpat nicht einen Vertheidiger aufgestellt hat; denn dieser kann nur Anträge machen und den gegebenen Stoff verarbeiten, während sich die Sorgfalt des Inquirenten stets auch darauf erstreckt, die Lage des Angeklagten nach Thunlichkeit zu erleichtern und ihn von jedem Vorgange zu unterrichten. Klein, Archiv des Criminalrechtes Bd. VI. St. 4. S. 118. Um so mehr muß dieß der Fall bei einem Arrestanten sein.

33) Nach dem Wortlaute in Mittermaier's Strafverfahren Bd. I. S. 300. kann es zwar den Anschein haben, als ob dieser hochgeschätzte Gelehrte das Auffangen der Briefe für schlechthin verwerflich hielte; vergleicht man aber die dort citirte Stelle im neuen Archiv des Criminalrechtes S. 454, und ferner S. 458—460, so wird man sich überzeugen, daß nur dann dieses Erforschungsmittel unter der Würde des Staates sein kann, wenn es gegen Personen angewendet wird, die noch nicht in den Stand der Anschuldigung versetzt sind, und damit wird jeder wohldenkende Practiker einverstanden sein, denn außerdem würde eine niedrige Spionerie, eine geheime Polizei darin liegen.

gegebenen und für ihn eintreffenden Briefe und Pakete an das Criminalamt abzuliefern. Da jedoch die Postbeamten zum Theil sehr gewissenhaft sind und ihr Geschäft von dem Vorwurfe der Unloyalität oder des Servilismus frei halten möchten, so erhält man auf dergleichen Requisitionen mitunter die Antwort, daß es den Grundsätzen der Postadministration widerstrebe, darauf einzugehen. Es ist alsdann zunächst die Frage: ob positive Gesetze oder Verordnungen da sind, auf welche man sich stützen kann; fehlt es an diesen, so wird es einem Inquirenten, der sich seiner Befugnisse gehörig bewußt ist, wohl möglich sein, das Postamt oder doch dessen vorgesetzte Behörde[34]) zu überzeugen, daß es Pflicht sei, einem solchen Verlangen zu entsprechen. Es wird zwar von manchen Seiten eingewendet, die Postbeamten seien darauf beeidigt, das Briefgeheimniß zu bewahren, und es sei überhaupt einem honneten Manne dergleichen nicht zuzumuthen; dieß ist jedoch nur im Allgemeinen wahr und nicht einem Criminalrichter gegenüber, der innerhalb der Grenzen seiner Competenz von Jedermann diejenige Auskunft fordern darf, die zur Erforschung der Wahrheit untersuchter Thatsachen nöthig erscheint; auch ist ein Postbeamter Staatsdiener so gut, wie der Inquirent, und er muß daher bereitwillig thun[35]), was im Interesse der Gerechtigkeit, oder, mit andern Worten, der Staatsordnung erheischt wird[36]). Dagegen ist man aber auch der Postbehörde schuldig, den Character der vorliegenden Untersuchung und die Hauptbeweggründe, welche die Auffangung der Briefe veranlassen, in dem Ersuchschreiben anzugeben, damit dieselbe im Zweifelsfalle von der Oberbehörde eine Instruction einholen kann.

β) Eine halbe Maßregel wird jedoch die Fahndung auf Briefe immer bleiben, wenn sie nicht auf der Post, sondern mit Privatgelegenheit befördert werden. Ordinäre Boten kann man in der Regel wohl dazu bringen, daß sie die Briefe der Inquisiten abliefern; aber Mittelspersonen anderer Art werden sich nimmermehr dazu verstehen. Hat man Verdacht, daß auf solche Weise heimliche Correspondenzen geführt werden, so kann man von Zeit zu Zeit wieder eine Haussuchung vornehmen[37]) und die neuangekommenen Briefe durchgehen.

---

34) Entweder geht man den Gerichtshof oder die Oberpostdirection um Unterstützung an.

35) Man kann daher nicht wohl, wie Mittermaier, Strafverf. a. a. O. meint, von einem privilegium odiosum zum Treuebruche reden, denn die Postbeamten geloben nirgendwo dem Publicum, es zum Nachtheile der Staatsverwaltung zu begünstigen. Vgl. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV. S. 616.

36) Ziemlich nahe liegt hier die Vergleichung mit dem Beichtgeheimnisse, welches allerdings als unverletzlich anerkannt ist; aber wenn man der Sache auf den Grund geht, verschwindet jede Aehnlichkeit, indem sich nicht wohl behaupten läßt, daß die Post als ein abgeschlossenes Rechtsinstitut wie die Kirche neben dem Staate dasteht. Clarus, sentent. lib. V. §. fin. qu. 87. addit. 4. v. Droste-Hülshof, über das Zwangsrecht gegen den Beichtvater in dessen rechtsphil. Abh. Bonn 1824. Nr. 2.

37) v. Jagemann im neuen Archiv des Criminalr. Jahrg. 1837. St. I. S. 139, 140. Anm. 48.

Ueberhaupt wird die Untersuchungsbehörde niemals viel Briefe in die Hände bekommen, wenn die Inculpaten sich auf freiem Fuße befinden. Die Noth macht erfinderisch, und sowie die Correspondenten sich vor Verrath nicht sicher sehen, wissen sie meistens Auswege zu finden, wie sie ihren Verkehr ganz im Verborgenen fortsetzen können[38]).

Sobald übrigens der Inquirent in Besitz eines aufgefangenen Briefes kommt, hat er ihn nie ohne Zeugen zu öffnen, theils um der Meinung zu entgehen, daß ihn blos Neugierde dazu antreibe oder daß er gar manche Briefe beseitige, theils auch, weil ein Brief Stücke von reellem Werthe enthalten kann, über deren Beschaffenheit officielle Gewißheit nothwendig ist.

Rührt der Brief von einem Inquisiten her, so braucht wohl nur der Actuar und etwa ein weiterer Zeuge bei der Oeffnung anwesend zu sein[39]). Ist der Inhalt augenfällig ohne Bezug auf die Untersuchungssache, so würde der Brief einen ganz überflüssigen Bestandtheil der Acten bilden und er ist daher, nach darauf gesetzter Vidimation, wieder zuzumachen und an den Adressaten zu besorgen. Im entgegengesetzten Falle wird er aber sofort als Actenbeilage registrirt.

Briefe, die von dritten Personen an den Inquisiten gerichtet sind, sollten in der Regel nur im Beisein des Letzteren oder eines ernannten Stellvertreters geöffnet werden. Dem Bedenken, daß dadurch manche wichtige Entdeckung zu frühzeitig verrathen werden könne, ist dadurch vorzubeugen, daß man den Adressaten vorläufig nur beim Aufmachen zusehen, ihn aber den Brief nicht eher lesen läßt, bis man sich überzeugt hat, daß er nichts für die Untersuchung Nachtheiliges[40]) enthalte[41]). Ist Letzteres nur theilweise der Fall, so kann man ihm die unverfänglichen Stellen vorlesen und erklären, daß er das Uebrige erst nach geschehener Aburtheilung erfahren dürfe. Beim Aufmachen ist es rathsam, die Siegel kennbar zu erhalten.

Dieß ist es eigentlich, was den Namen: Brieferbrechung allein verdiente; aber die meisten Lehrbücher verstehen darunter zugleich auch das Auffangen der Briefe, welches nur eine vorbereitende Handlung ist und das Aufmachen nicht jedesmal nach sich zieht.

---

38) Die Briefe werden alsdann durch Reisende, durch expresse Boten, durch kaufmännische Gelegenheit oder durch Umschlagadressen an vertraute Freunde besorgt.

39) Sind die Briefe und Papiere bei der Beschlagnahme versiegelt worden, so liegt es in der Natur der Sache, daß bei der Entsiegelung dieselben Personen, wie damals, beigezogen werden. Bayer. Strafgesetzbuch Th. II. Art. 257. und aus diesem übergegangen in das griechische Gesetz über Strafverfahren (v. 1834) Art. 174. Würtemb. Entwurf (v. 1828) Art. 222.

40) Dazu sind auch diejenigen Briefstellen zu zählen, deren Sinn nicht sofort klar hervortritt, denn gar oft liegen noch gravirende Nebenumstände im Hintergrunde, die der Richter erst nachträglich erfährt. Ist der Zweck des ganzen Schreibens zweifelhaft, so mag es am besten sein, vorläufig auch den Namen des Verfassers zu verschweigen, damit der Inculpat gar nicht wisse, wer den Verkehr mit ihm fortzusetzen suche.

41) v. Jagemann, Handbuch der ger. Untersuchungskunde §. 110.

Nun aber bleibt noch die Beobachtung des Briefwechsels[42]) übrig, welche darin besteht, daß die Agenten der Criminalpolizei sich in steter Kenntniß zu erhalten suchen, mit welchen auswärtigen Personen ein Inculpat in Verbindung steht[43]). Auch die Postanstalt kann in dieser Beziehung ersucht werden, Aufzeichnungen darüber zu machen, an welche Personen Jemand Briefe abschicke und von welchen Orten Briefe an ihn ankommen[44]).

Dieß ist ein Mittel zu erfahren, ob und welche Complicen oder Begünstiger ein Inculpat habe, der nach Gestalt der Dinge nicht wohl seine That ohne Beihilfe ausgeführt haben kann.

Auch dritte, an und für sich unverdächtige Personen, ob sie Zeugen seien oder nicht, können, sobald man weiß, daß sie Briefe in Händen haben, die in der vorwürfigen Sache von Erheblichkeit sein dürften, angehalten werden, dieselben herauszugeben. Es sind dabei nicht die über die Civiledition angeführten Grundsätze anwendbar, sondern es entscheidet, wie beim Zeugnisse, die Unterthanenpflicht und Jeder, der sich dagegen sträubt, kann einer Haussuchung[45]) unterworfen werden.

Dagegen muß es unbedingt als verboten gelten, den Briefwechsel nicht direct in die Untersuchung verwickelter Personen zu beobachten und zu stören, insoweit sie nicht mit einem Inculpaten nachweislich in heimlichem Verkehre stehen; wo sie sich aber auch nur die Auffangung der von ihnen an diesen gerichteten Schreiben gefallen zu lassen brauchen.

Endlich wird es kaum der Erwähnung bedürfen, daß Alle, die auf criminellem Wege den Inhalt von sie nicht persönlich berührenden Briefen kennen gelernt haben, Niemand und auch den nächsten Verwandten nicht, Mittheilungen davon machen dürfen. Das Briefgeheimniß fließt hier mit dem Actengeheimnisse zusammen. L. von Jagemann.

---

42) Mittermaier im neuen Archiv des Criminalr. Bd. II. S. 460. v. Jagemann a. a. O. §. 114.

43) Hannov. Entw. Art. 46, 47.

44) Die hier in Betracht kommenden Gesetzstellen und literarischen Quellen finden sich in Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837) §. 115. Es ist damit nicht die Auffangung von Briefen zu verwechseln. Der Unterschied ist deshalb sehr wesentlich, weil Briefe, die bereits im Besitze des Adressaten waren, auch ihrem Inhalte nach ihm bekannt sind, während bei aufgefangenen das Bekanntwerden von dem Ermessen des Richters abhängt.

45) Kitka dehnt wohl mit Recht diese Befugniß auch auf Personen aus, die vom Zeugnisse dispensirt wären, weil das Finden der Urkunde von dem freien Willen des Inhabers ganz unabhängig ist. Erheb. des Thatbest. S. 286. Henke, Handbuch des Criminalr. Bd. IV. S. 617. gestattet sogar Durchsuchung der Person und Kleidung des Besitzers zu diesem Zwecke. Vgl. Mittermaier im neuen Archiv des Criminalrechtes Bd. V. S. 322. Preuß. Criminalordn. §. 306.

Buchhandel *) wird der besondere Zweig des Handels genannt, welcher sich mit der Vervielfältigung und dem Vertriebe der Erzeugnisse der literarischen Thätigkeit beschäftigt. Derselbe unterscheidet sich in Teutschland von allem anderen Handel wesentlich dadurch, daß durch Vermittlung desselben die Bücherpreise in ganz Teutschland auf gleicher Höhe, dem sogenannten Ladenpreise, gehalten und die Kosten des Transportes und der Vermittelung nicht, wie in anderen Handelsbranchen, auf die einzelnen Waarenpartien geschlagen und von der Nachfrage bedingt, sondern im Voraus veranschlagt und zu den Productionskosten gerechnet werden. Vornehmlich dieser Einrichtung hat Teutschland die hohe Stufe seiner literarischen Ausbildung, auf welcher es vor allen anderen Ländern steht, zu verdanken; denn während es in Frankreich und England mit den größten Schwierigkeiten verbunden ist, ein Buch anderswo als bei dem Verleger zu erlangen, bietet Teutschlands kleinste Provinzialstadt dem Käufer die größte Bequemlichkeit dar, jedes neu erschienene Buch fast gleichzeitig mit dem ersten Erscheinen zur Ansicht erlangen zu können, und nur dadurch ist es möglich geworden, daß auch die kleinsten Orte Gelehrte besitzen, welchen es nicht an Vermittlern fehlt, um die Früchte ihrer Studien an den großen Markt des wissenschaftlichen Lebens zu bringen.

Die Entstehung des Buchhandels datirt von den ersten Anfängen der Cultur und die ersten sicheren Nachrichten haben wir von Griechenland, welches zu Plato's Zeit bereits Handel mit Manuscripten trieb. Weit ausgebildeter war derselbe in Rom und es finden sich dort bereits Spuren eines eigenthümlichen Verlages. Nach dem Sturze des römischen Reiches beschränkte sich der literarische Verkehr auf die Tauschgeschäfte zwischen den Klöstern und erst im 13. Jahrhunderte kommt eine Erwähnung des Buchhandels in Paris vor, wo demselben 1259 ein Statut ertheilt und 1323 erneuert und bereits von 29 Bücherhändlern

---

*) Die Literatur ist nicht so reich, als man bei der nahen Verbindung des Buchhandels mit der Schriftstellerwelt voraussetzen sollte. Wir heben heraus: G. A. Bielitz, Versuch die von dem Verlagsrechte geltenden Grundsätze aus der Analogie der positiven Gesetze abzuleiten, Dresden 1799. 8. J. A. H. Reimann, der Bücherverlag in Betracht der Schriftsteller, der Buchhändler und des Publikums erwogen, Hamburg 1773. 8. C. G. Rössig, Handbuch des Buchhändlerrechtes, Leipzig 1804. 8. E. Ch. Westphal, Privatrecht, Leipzig 1783. 18 Abhandl. J. Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechtes IV. Der Buchhandel §. 117. Darmstadt 1824. 8. Mittermaier, Grundsätze des teutschen Privatrechtes, 5. Ausg. §. 296. — Besondere Erwähnung verdienen noch über die Geschichte des Buchhandels: Christ. Schötgen, Historie der Buchhändler, wie solche in alten und mittleren Zeiten gewesen, 2. Aufl. Altona u. Meinberg 1722. 4. F. D. Ebert, Geschichte des Buchhandels seit der Erfindung der Buchdruckerkunst (Ersch und Gruber Encyclopädie 11. Sect. 2. Bd. S. 410. Fr. Metz, Geschichte des Buchhandels und der Buchdruckerkunst, 3 Bücher in 2 Abth. Darmstadt 1835. 8. — Ziemlich vollständige Nachrichten über die Literatur des Buchhandels finden sich über die ältere in dem oben angeführten Buchhändlerrechte von Rössig und bis auf die neuesten Zeiten fortgesetzt von D. A. Schulz bearbeitet in dem bibliopolischen Jahrbuche für 1838.

vollzogen wurde. Auch in Bologna wurden sie, wie in Paris, zur Universität gerechnet und erhielten um die gleiche Zeit wie dort besondere Statuten, hingegen begegnen uns dieselben in Teutschland erst im 14. Jahrhundert unter ähnlichen Verhältnissen in Wien.

Es liegt in der Natur der Sache, daß mit Erfindung der Buchdruckerkunst auch die Verhältnisse des Buchhandels sich höchst wesentlich veränderten, und in der That blühte derselbe namentlich in Teutschland so mächtig empor, daß bald sich zwei Buchhändlermessen in Frankfurt a. M. und Leipzig bildeten, welche von den Buchführern beinahe aller Staaten besucht wurden, um die Erzeugnisse der Presse gegen einander auszutauschen. Selbst der dreißigjährige Krieg vermochte das Gedeihen des Buchhandels nur für kurze Zeit aufzuhalten und erst in der Mitte des 18. Jahrhunderts vertrieb die Willkür und Strenge der kaiserlichen Büchercommission den Buchhandel von Frankfurt, welcher von da an Leipzig zum allgemeinen Stapelplatz wählte und seitdem in fortdauerndem Zunehmen begriffen gewesen ist, bis im Jahre 1836 die Gründung einer eignen Buchhändlerbörse, ein erfreuliches Zeichen des Gemeinsinnes, demselben auch eine sichtbare Heimath gegeben hat.

Der Buchhandel selbst zerfällt wieder in drei Branchen, den Verlags-, Sortiments- und Commissions-Handel, welche oft allein, öfter verbunden von einer und derselben Handlung betrieben werden. Der erstere beschäftigt sich mit dem Erwerbe und der Vervielfältigung der literarischen Productionen, welche durch den Sortimentshandel an die Consumenten vertrieben werden, wogegen der Commissionshandel einen eigenthümlichen, dem Buchhandel allein angehörigen Geschäftszweig bildet.

Die Grundlage des literarischen Verkehrs ist das in Teutschland zuerst durch den Bundesbeschluß vom 9. November 1837 allgemein anerkannte literarische Eigenthum, welches, wie alles andere Eigenthumsrecht, Proprietäts- und Nutzungsrechte gewährt, unter welchen letztern das ausschließliche Recht des Autors, die Erzeugnisse seiner geistigen Thätigkeit auf mechanischem Wege zu vervielfältigen und Nutzen daraus zu ziehen, gewöhnlich Verlagsrecht genannt, dem Buchhandel seinen Gegenstand gibt. Allerdings kann dieses Recht von dem Autor auch direct ausgeübt werden, wenn derselbe die Vervielfältigung auf eigne Kosten bewirkt und der Verkauf entweder auf gewöhnlichem merkantilen Wege oder durch eine Buchhandlung, gegen eine besonders festzusetzende Entschädigung für den Aufwand an Mühe und Kosten, geschieht. Selten besitzen aber die Autoren die beträchtlichen Mittel, welche dieser Weg erfordert, und noch seltener führt derselbe in pecuniärer Hinsicht zu günstigen Resultaten, weshalb bei Weitem die Mehrzahl der jährlichen literarischen Erscheinungen mit Hilfe des Buchhandels eingeführt werden. Hierzu wird der Verleger durch Erwerbung des Verlagsrechtes, welches im preußischen Landrechte als die Befugniß, eine Schrift durch den Druck zu vervielfältigen und sie auf den Messen unter die Buchhändler und sonst abzusetzen, im österreichischen Gesetz-

buch als das Recht, eine Schrift durch den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen, definirt ist, berechtigt und verpflichtet.

Der Verleger kann zu dem Autor in einem dreifachen Verhältnisse stehen und je nachdem das eine oder das andere Verhältniß vorwaltet, muß der Verlagscontract nach den Grundsätzen des Mandatcontractes, des Gesellschaftsvertrages oder des Pachtvertrages beurtheilt werden.

Der erste Fall ist derjenige, wenn die Veröffentlichung auf Kosten und für Rechnung des Autors geschieht und der Verleger blos den Vertrieb des Werkes, entweder gegen einen Antheil am Gewinn, oder für eine bestimmte Gebühr übernimmt; der zweite Fall tritt ein, wenn beide Theile zu den Kosten der Veröffentlichung und des Vertriebes beitragen und gemeinschaftlich am Ertrage participiren; der dritte gewöhnlichere Fall endlich ist der, wo die Veröffentlichung und der Vertrieb auf Kosten und Gefahr des Verlegers geschieht und der Autor für seine Arbeit ein Honorar empfängt, welches inzwischen kein wesentliches Requisit des Vertrages ist, als welcher auch dann bestehen kann, wenn der Verfasser entweder nur ein bedingtes oder auch gar kein Honorar empfängt. Ebensowenig hat auf die Natur des Verlagscontractes der Umstand Einfluß, ob auf den Verleger das nutzbare Eigenthum eines literarischen Productes für immer oder nur für eine bestimmte Zeit, für eine oder für mehrere Auflagen übertragen und ob diese wieder nach einer bestimmten Anzahl von Abdrücken bemessen werden oder nicht. Wesentlich ist blos von Seiten des Autors die Uebertragung des Rechtes der Vervielfältigung und des Vertriebes auf den Verleger und von Seiten des Verlegers die Uebernahme der Verpflichtung zur Veröffentlichung und zu dem Vertriebe. Die unerläßliche Bedingung alles Verlagsrechtes ist der rechtmäßige Erwerb vom Autor oder von den Rechtsnachfolgern desselben. In Ländern, wo dem literarischen Eigenthume der Schutz des Staates nur für eine bestimmte Reihe von Jahren gewährt wird — und es sind dieß zur Zeit alle Länder, mit alleiniger Ausnahme von Sachsen und Braunschweig — werden die literarischen Erzeugnisse nach Ablauf dieser Frist allgemeines Eigenthum und können dann von Jedermann vervielfältigt und verkauft, ein Verlagsrecht an denselben aber nicht weiter erworben werden. Es folgt aus der Natur des Eigenthums, daß dem Autor auch das Recht zusteht, über die äußere Form und die Grenze der Veröffentlichung Bestimmung zu treffen, doch geht dieses Recht, wenn im Verlagscontracte darüber nicht stipulirt ist, auf den Verleger über, weil ohne solche Bestimmung die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung nicht möglich ist. Andererseits kann sich der Autor, welcher etwa über ein nicht vollendetes Werk einen Verlagscontract abgeschlossen hat, der Erfüllung nicht entziehen, ohne dem Verleger für alle Schäden zu haften, wenn nicht, wie dieß im preußischen Landrechte und im österreichischen Gesetzbuche der Fall ist, Ausnahmen ausdrücklich anerkannt werden, oder dem Verleger das Recht beigelegt ist, in solchem Falle von dem eingegangenen Vertrage wieder abzugehen. Abänderungen sowohl in Beziehung auf den Inhalt des Werkes, als die Form der Veröffentlichung darf der Autor bis zu dem

Beginn des Druckes machen, sofern dieselben nicht die Kosten der Veröffentlichung erhöhen, dahingegen ist der Verleger niemals ohne ausdrückliche Ermächtigung berechtigt, Veränderungen mit dem Texte vorzunehmen oder von der stipulirten Form und dem Maße der Veröffentlichung eigenmächtig abzuweichen. Es gehört zu den Proprietätsrechten des Autors die Befugniß, an seinem Werke allein Veränderungen vorzunehmen und die Veröffentlichung sowohl der Zeit, als der Zahl der Abdrücke nach zu beschränken und sogar dieselbe ganz zu versagen; daher, selbst wenn ein Buch vergriffen, kein Verleger berechtigt ist, ohne Zustimmung des Autors eine neue Auflage zu veranstalten, wenn ihm auch nicht verwehrt ist, den vom Autor behandelten Stoff zum Gegenstand einer neuen selbstständigen Behandlung zu machen. Andererseits ist der Autor zwar berechtigt, von seinem Werke jeden Nutzen zu ziehen, welcher mit dem ausschließlichen Rechte der Vervielfältigung auf mechanischem Wege vereinbar ist, und er darf es z. B. vorlesen, vorsingen, darstellen lassen; allein es ist eine durchaus unstatthafte Anmaßung, ein bereits im Buchhandel erschienenes Werk, vor Ablauf des Verlagscontractes, anderweit herauszugeben oder dasselbe in eine Sammlung aufzunehmen, und es darf dieß selbst in dem Falle nicht geschehen, wenn dasselbe Veränderungen oder Verbesserungen erfahren hätte, sobald diese Veränderungen demselben nicht den Character eines ganz neuen Werkes aufprägen. Von dem Autor ist auch die Bestimmung des Verkaufspreises abhängig, geht jedoch auf den Verleger über, sofern der Verlagscontract keine Bestimmung darüber enthält, und dieser ist auch berechtigt die ganze Auflage eines Buches an einen anderen Verleger zu verkaufen, nicht aber befugt, ohne ausdrückliche Zustimmung des Autors das erworbene Verlagsrecht selbst auf einen Dritten zu übertragen, und bei der Beurtheilung aller denkbaren Verhältnisse zwischen Autor und Verleger ist wohl im Auge zu behalten, einerseits, daß dem Autor die Ausübung der an dem Buche ihm verbleibenden Proprietätsrechte in allen Fällen ungeschmälert bleiben muß, und andererseits, daß auf den Verleger durch den Verlagscontract keine Rechte übergehen, außer denen, die ihm ausdrücklich übertragen werden und welche unumgänglich nothwendig sind, um denselben in den Stand zu setzen, der übernommenen Verpflichtung zu genügen.

Der Sortimentsbuchhandel beschäftigt sich mit dem Vertriebe der durch den Verlagsbuchhandel auf den Markt gebrachten Werke und hat in seinem Geschäftsbetriebe mehr vom eigentlichen kaufmännischen Verkehr, während jener der Beschäftigung des Fabrikanten entspricht. Nach der in Teutschland seit länger als einem Jahrhundert hergebrachten Geschäftsweise liegt dem Verleger ob, ein neuerschienenes Werk gleichzeitig an alle Sortimentshändler in Teutschland zu versenden, welche das Recht haben, sich bis zu der nach dem Jahre, in welchem die Versendung bewirkt worden ist, zunächst folgenden Ostermesse über Annahme oder Rückgabe des Werkes zu erklären. Im ersten Falle wird ordnungsmäßig in derselben Messe die Zahlung, im zweiten die Rückgabe des Buches an den Verleger bewirkt, wenn derselbe nicht,

wie es häufig bei spät versendeten Büchern geschieht, die Prolongation der Frist bis zur folgenden Messe (Dispositionsstellung) sich gefallen läßt. Sowohl die Versendung als Remission der Bücher geschieht auf Kosten des Sortimentshändlers, welcher von dem durch den Verleger festgesetzten Verkaufspreise des Buches (Ladenpreis) in der Regel einen Rabatt von $33\frac{1}{3}$ Procent bezieht. Gegen Bezug dieses Rabatts ist der Sortimentshändler verpflichtet, die Kosten sowohl der Zusendung als Rücksendung der Neuigkeiten zu bestreiten und bei dem Verkauf den Ladenpreis des Buches zu beobachten, so daß auf diese Weise die bereits oben hervorgehobene höchst merkwürdige Einrichtung vermittelt wird, daß die Preise der neuerschienenen Bücher, ohne Rücksicht auf die Nähe und Ferne des Verlagsortes, in ganz Teutschland gleich und obschon zuweilen gegen dieselben ermäßigt, doch niemals den Ladenpreis übersteigend sind, ein Vortheil, welchen kein Land außer Teutschland den Bücherkäufern darbietet. Weil inzwischen in manchen Ländern hohe Eingangsabgaben auf Bücher gelegt oder die Versendungsgelegenheiten selten sind, so hat man in neuerer Zeit häufig den Ausweg ergriffen, nicht die Neuigkeiten, sondern blos Verzeichnisse derselben (Novitätenzettel) durch die Briefpost sich zusenden zu lassen und hiernach die Auswahl zu treffen, ohne daß jedoch durch diese Wahl eine weitere Abweichung von dem gewöhnlichen Geschäftswege bewirkt würde. Die Zahl der Exemplare, die einer Handlung als Novitäten zugesendet werden, richtet sich nach dem Ermessen des Verlegers und wird am Häufigsten durch die Erfahrung von dem Erfolg und von der Zahlungsfähigkeit des Empfängers bestimmt. Was ein Sortimentshändler über die als Novität erhaltenen Exemplare nachverlangt, wird als auf feste Rechnung abgegeben angesehen und kann, sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen ist, nicht remittirt werden.

Aus dieser Einrichtung des teutschen Buchhandels ist der Zweig desselben entstanden, welcher Commissionsbuchhandel genannt wird. Die Seltenheit directer Transportverbindungen zwischen der Mehrzahl der Orte, an welchen Buchhändler wohnhaft sind, rufte zuerst die Gewohnheit hervor, sowohl Versendung als Remission von einem bestimmten Orte aus zu bewirken, und da bei Ausbildung des Geschäftes Leipzig bereits der gegenseitige Tausch- und Abrechnungsplatz geworden war, so wurde dasselbe, fast ohne eignes Zuthun, zum Stapelort des gesammten teutschen Buchhandels in der Art erhoben, daß es als fingirter Sitz aller Verleger angesehen wird und bis nach Leipzig der Verleger die Kosten der Versendung trägt und eben dahin die nicht abgesetzten Exemplare, auf Kosten des Sortimentshändlers, zurückgesendet werden. Dieses Geschäft wird unter Vermittlung der Commissionärs, deren bei Weitem die Mehrzahl der teutschen Buchhändler daselbst besitzen, in der Weise geführt, daß die Novitäten nun nicht direct an den Sortimentshändler, sondern an den leipziger Commissionär desselben übergeben und von diesem versendet werden, eine Einrichtung, die nicht nur wegen der unendlich häufigen Transportverbindungen, in welchen Leipzig nach allen Gegenden Teutschlands und der angrenzenden

Länder steht, sondern insbesondere auch deshalb in hohem Grade zweckmäßig ist, weil nun die Versendungen, die ohnehin auf Gefahr des Empfängers geschehen, durch die eignen Mandatare derselben und folglich mit größerer Vorsicht bewirkt werden. Es war eine natürliche Folge der Vermehrung der Transportmittel, daß die Sortimentshändler Bücher, welche sie nicht mehr auf dem Lager hatten, mit gleicher Gelegenheit wie die Novitäten kommen ließen, und so entstanden die Commissionärs der Verleger, durch welche dieselben die gangbarsten Verlagsartikel ausliefern und die Verlangzettel der Sortimentshändler entweder direct oder indirect expediren lassen; ja es gibt sehr bedeutende Verlagshandlungen, welche an ihren Wohnorten gar keine Lager halten, sondern ihren gesammten Verlag in Leipzig aufgestapelt haben.

Daß dieser Handel sich wesentlich von dem gewöhnlichen Commissions- oder Consignationshandel unterscheidet, bedarf keines Nachweises. Die Commissionäre des Buchhandels sind lediglich als Mandatare ihrer Committenten anzusehen, und nach den Grundsätzen des Mandatcontractes ist auch das zwischen beiden bestehende Rechtsverhältniß zu beurtheilen, obschon es unzweifelhaft erscheint, daß die Commissionäre der Verleger, wenn dieselben, mit Beziehung auf die ihnen anvertrauten Lager, Wechselvorschüsse geleistet hätten, eintretenden Falles das in dem Decisivrescript vom 4. September 1669 §. 3 angeordnete Vorzugsrecht ansprechen können.

In nächster Verbindung mit diesen Einrichtungen des teutschen Buchhandels steht die in der Jubilatemesse stattfindende Abrechnung über die im letzt vorhergehenden vollen Jahre gemachten Zusendungen. Für diese Abrechnung zunächst ist die leipziger Buchhändlerbörse errichtet worden und es besteht dieselbe in einer Collation der gegenseitigen Conti, nach deren Richtigfindung die nach Abzug der in Natur zurückgegebenen Bücher sich ergebenden Beträge baar berichtigt zu werden pflegen, obschon in neuester Zeit auch Ueberträge bis zur Michaelismesse üblich geworden sind. In der Regel geschieht diese Abrechnung persönlich und nur durch mündliche Verständigung ist es möglich, diese Tausende von Conti, welche sehr häufig die kleinsten Posten enthalten, binnen höchstens drei Tagen zu ordnen, wie es in der Regel geschieht. Inzwischen wird dieses Geschäft durch sogenannte Remittendenfacturen, (Verzeichnisse der im Laufe des Jahres versandten Novitäten), welche die Verleger bereits zu Anfang des Jahres den Handlungen, mit welchen sie in Verbindung stehen, zugehen lassen, und in welche dann vom Sortimentshändler die unabgesetzt gebliebenen Novitäten eingetragen werden, vorbereitet und erleichtert. Sortimentshändler, welche nicht persönlich zur Messe anwesend sind, pflegen die von ihnen zu gewährenden Saldi mittelst einer sogenannten Zahlungsliste (Verzeichnisse der von ihnen zu gewährenden Saldi) an ihre Commissionärs zu senden und durch diese auch die Abrechnung bewirken zu lassen.

Die Zeit für diese Abrechnung ist die eigentliche Meßwoche und von dem Sonntag Cantate an bis Himmelfahrt pflegen die Berechnungen der Commissionärs mit ihren Committenten geordnet und so der Ge-

schäftsumsatz eines Jahres binnen wenigen Wochen regulirt und durch die persönliche Bekanntschaft den Verbindungen des Buchhandels eine Wärme und ein Interesse gegeben zu werden, welche nicht selten die kostbarsten Früchte getragen haben.

Seit dem 14. März 1838 besteht als anerkannte Corporation die unter dem Namen Börsenverein der teutschen Buchhändler gebildete Vereinigung derselben, mit dem ausgesprochenen und anerkannten Zweck der gemeinsamen Verhandlung und Betreibung der allgemeinen Angelegenheiten des Buch- und Kunsthandels, einschließlich des Musikalien- und Landchartenhandels, und der Erleichterung des geschäftlichen Verkehrs, insbesondere der jährlichen Abrechnungen. Jeder legal berechtigte Buch- und Kunsthändler, sowohl des Inlandes wie des Auslandes ist aufnahmefähig, und schon vor dem Bundesbeschlusse vom 9. November 1837 war jedes Mitglied des Börsenvereines bei Vermeidung der Ausschließung verpflichtet, sich des Nachdruckes und des Nachdrucksvertriebes gänzlich zu enthalten; auch gingen von diesem Vereine die Vorschläge zu Feststellung des literarischen Eigenthumes aus, welchen Preußen im Gesetz vom 11. Juni 1837 ihren wesentlichen Tendenzen nach gesetzliche Kraft ertheilt hat. Der Börsenverein ist Mitbesitzer der teutschen Buchhändlerbörse und unter seinen besonderen Einrichtungen zeichnet sich die Errichtung einer Vergleichsdeputation aus, an welche alle Streitigkeiten zwischen Mitgliedern zu bringen sind, bevor dieselben zur gerichtlichen Verhandlung gezogen werden.

Schellwitz.

Bulle[1]) ist ein päbstliches offenes Schreiben, welches in wichtigeren Angelegenheiten ergeht und mit einem herabhängenden Siegel versehen ist.

Bulle bezeichnet ursprünglich eine metallene Verzierung, ein Siegel, das schon frühzeitig den Schreiben hoher Personen angeheftet ward[2]) und nach welchem die ganze Urkunde den Namen erhielt[3]). Das Material war meistens Blei, öfter aber auch ein kostbareres Metall. Die Päbste haben gewöhnlich Blei angewendet, dessen sie sich noch bedienen. Das Siegel wird senkrecht durchbohrt und mit einer Schnur an dem Schreiben befestigt. Von den Päbsten hat wohl zuerst Gregor I.

---

1) Ueber den Ursprung und die Entwickelung aller hierbei zu berücksichtigenden Puncte vergl. man besonders: Neues Lehrgebäude der Diplomatik, welches in Frankreich von einigen Benedictinern von der Congregation des heil. Maurus ausgefertigt worden. Aus dem Französischen von Joh. Chrph. Adelung. Erfurt 1759—1769. 9 Th. v. Arnoldi in der allgemeinen Encyclopädie der Wissenschaften und Künste, Th. XIV. u. d. Art. Bulle. — In allen Lehr- und Handbüchern des Kirchenrechtes und der Diplomatik finden sich mehr oder weniger Irrthümer über die Bullen, welche hier beseitigt werden sollen.

2) Könige, Fürsten, hohe Geistliche bedienten sich dieser Siegel. Man s. Beispiele bei Du Cange Glossar. s. h. v. Thulemanus de bulla aurea, argentea, plumbea et cerea. Francof. et Spirae 1687. 4.

3) Aehnlich wie der Ausdruck sigillum für das Instrument selbst gebraucht wurde. Siehe Du Cange s. h. v. Heineccius de sigillis p. 17.

(590 flg.) Bleibullen gebraucht[4]). Anfangs stand auf der einen Seite des Siegels der Name des Pabstes, auf der andern das Wort Papa. Seit der Mitte des 11. Jahrh. ist die bereits von Paul I. (ann. 757) beliebte Form die regelmäßige geworden. Auf dem Avers befinden sich nämlich die Köpfe der Apostel Paulus und Petrus, mit der Ueberschrift S. P. A. (Sanct. Paulus Apostolus) S. P. E. (Sanct. Petrus Episcopus), auf dem Revers steht der Name des Pabstes. Die gewählten Päbste bedienen sich vor der Consecration nur halber Bullen (bulla dimidia, sub dimidio, blanca, defectiva), indem die Seite, die den Namen des Pabstes enthält, leer bleibt. Die durch die Bulle gezogene Schnur ist bei Rescripten in Gnadensachen von Seide in rother und gelber Farbe, in Justizsachen von gefärbtem Hanfe[5]), das Material der Urkunde ist weißes oder gelblichtes Pergament[6]). Die Schriftzüge haben gewechselt. Auch jetzt bedient sich die römische Canzelei verschiedener Schriftformen, meistens der eckigen gothischen. Die Sprache ist regelmäßig die lateinische.

Die Bulle beginnt mit dem Namen des Pabstes, dem Zusatze Servus Servorum Dei und der Grußformel in Domino salutem et apostolicam benedictionem, welche seit dem 11. Jahrh. stehend wurde. Die erste Zeile oder auch die ganze Anrede ist meist mit größeren (Majuskel-Cursiv, Uncial) Lettern, der Text selbst mit kleineren (Minuskel) Lettern geschrieben. Der letztere, verschieden nach dem Gegenstande, endet mit einem Gruße, einem Wunsche, einem Verbote, Fluche u. s. w. Dann wird Orts- und Zeitbestimmung hinzugefügt, genau nach Calenden, Nonen, Idus, oder auch der einfachen Zahl[7]) und anderen Bestimmungen, sowie seit dem 7. Jahrh. dem Regierungsjahre des Pabstes. Die im Consistorium erlassenen Bullen enthalten die Unterschriften der Cardinäle, die anderen (bullae non consistoriales) die Namen der Beamten, welche mit der Ausfertigung beauftragt sind. Bei den Consistorialbullen steht auch der Name des Pabstes, gewöhnlich aber nicht von ihm selbst geschrieben, bei den anderen fehlt die päbstliche Unterzeichnung durchaus[8]).

---

4) Mabillon de re diplom. lib. II. c. XIV. §. 7 sq. Nach Raynald u. A. soll schon Leo I. (a. 440) sich der Bleisiegel bedient haben. Da aber erst seit Leo IX. (a. 1049) die Zahl, welche den Pabst von seinem Vorgänger unterscheidet, auf der Bulle mit ausgedrückt ward, so kann ein späterer Leo in der angeblich älteren Bulle gemeint sein.

5) Plettenberg notitia congreg. et tribunalium Curiae Rom. p. 363, 364.

6) Die meisten Schiftsteller nehmen an, es sei dunkles Pergament, schwarz oder braunroth (Sauter fundam. iuris eccl. P. II. §. 233. Schenkl institut. iur. can. T. I. §. 139. not. *). Eichhorn, Kirchenrecht Bd. I. S. 606. u. v. A.). Indessen habe ich mich durch die Ansicht von fast 2000 Bullen aus dem 11. Jahrh. bis in die neueste Zeit von dem Irrthum dieser Behauptung überzeugt. Selbst v. Droste-Hülshoff (Kirchenrecht Th. I. §. 45.) hat nicht Recht, wenn er von dunkelgelbem Pergament spricht.

7) Stets mit Lettern. Siehe die Kanzleiregeln Innocenz XII. reg. 16. (Plettenberg l. c. p. 423.)

8) Mit Unrecht wird gewöhnlich (s. Anm. 6 cit.) das Gegentheil behaup-

Ueber die Ausfertigung selbst bestehen bestimmte Vorschriften [9]), nach welchen die Vorsteher der römischen Canzlei den Abbreviatoren, Schreibern, Plumbatoren u. s. w. die Expedition überlassen, dieselben prüfen [10]) und dann ihren Namen auf die Urkunde setzen. Für jede Function gibt es eine bestimmte Taxe.

Jede Bulle wird nach der Ausfertigung besonders einregistrirt. Für Teuschland und die meisten übrigen Staaten Europas hängt aber die Anwendbarkeit derselben vom landesherrlichen Placet ab.

Die wichtigeren päbstlichen Erlasse sind in sogenannten Bullarien gesammelt worden. Zuerst unternahm eine solche Sammlung von Leo I. bis Sixtus V. der römische Jurist Laertius Cherubinus, Rom 1556. Diese wurden von seinem Sohne Angelus Maria Cherubinus, Angelus a Lautusca, Paulus a Roma und Anderen fortgesetzt. Die beiden vollständigsten Sammlungen sind:

Bullarium magnum Romanum a Leone M. ad Benedictum XIV. Luxemburg 1727—1758. XIV. Fol. (getadelt in der Vorr. von Vol. I. und VII. der röm. Ausgabe, sonst aber gelobt). Bullarum, Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio opera et studio Caroli Cocquelinis. T. I—VI. Dann Bullarium Romanum seu novissima collectio apostolicarum constitutionum T. VII—XIV. Romae 1733—1748. Fol. Daran schließt sich Bullarium Benedicti XIV. Romae 1754—1758. IV. Fol. Hierauf folgt jetzt: Bullarii Romani continuatio summorum Pontificum Clementis XIII, Clementis XIV, Pii VI, Pii VII, Leonis XII, Pii VIII. Constitutiones, literas in forma brevis, epistolas ad principes vivos et alios atque allocutiones complectens, quas collegit Andreas Advocatus Barbéri etc. T. I. II. Romae 1836. 1837. Fol.

Auszüge daraus lieferten Stephan Quaranta 1611, Flavius Cherubinus 1623, Augustin Barbosa 1634 (s. Doviat praenotiones canon. lib. IV. cap. XXVI. §. 4—6).

Einen teutschen Auszug enthält: Das römische Gesetzbuch. Mit Anmerkungen. Frankf. und Leipzig 1787. 8. und

Eisenschmid, das römische Bullarium. 1830. 2 Bde. 8.

H. F. Jacobson.

Buße [1]) ist im Allgemeinen die Genugthuung wegen eines begangenen Unrechtes, die Verbesserung. In der Kirche insbesondere ist es

---

tet. Auch in den Consistorialbullen setzt meistens schon der Schreiber den Namen des Pabstes hinzu.

9) Plettenberg l. c. p. 354 sq.

10) Genaue Bestimmungen, aus denen die Aechtheit einer Bulle beurtheilt werden kann, findet man in dem neuen Lehrgebäude der Diplomatik Th. IX. §. 1068 flg. §. 1099 flg. — Man vgl. Tit. X. de rescriptis. (1. 3.) c. 5. 6. X. de crimine falsi. (5. 20.)

1) Vergl. Tractatus de poenitentiis in Gratians Decret. Can. XXXIII. qu. III. Tit. de poenitentiis et remissionibus. X. V. 38. Lib. VI. V. 10. Clem. V. 9. Extrav. comm. V. 9. Conc. Trid. sess. XIV. Doctr. de san-

die heilige Handlung (Sacrament), durch welche der reuige Sünder der verlornen Gnade wieder theilhaftig wird.

Im höchsten und edelsten Sinne ist die Kirche eine Anstalt für die Demüthigen und Büßenden. Daher begann der Täufer Johannes die Verkündigung des nahenden Messias mit der Predigt der Buße (Ev. Matth. Cap. III, 2.) und Christus selbst eröffnete seinen Unterricht mit einer gleichen Mahnung (Matth. IV, 17. Marc. I, 15). Der dafür in der heiligen Schrift gebrauchte Ausdruck μετανοία bezeichnet Besserung der Gesinnung und der Handlungsweise, besonders durch Annahme des Evangelii. Die lateinischen Kirchenväter übersetzten dieses Wort durch poenitentia, trugen dann den Begriff der poena hinein und legten so den Grund zur Entwickelung einer eignen Theorie und Praxis[2]).

Der Mensch wird zwar durch die Taufe gereinigt, vermöge seiner angebornen Schwäche und Sündhaftigkeit fällt er aber in das Unheilige zurück und bedarf daher von Zeit zu Zeit einer neuen Reinigung. Indem Christus der Kirche die Macht gegeben, dieselbe zu bewirken (Ev. Johannis Cap. XX, 21—23.), wird der Sünder und Abgefallene durch das Sacrament der Buße wieder versöhnt[3]).

Die Entwickelung des Sacramentes der Buße erfolgte im Zusammenhange mit der Beichte (s. oben diesen Art.), und wie in jedem Sacramente findet die Kirche auch hier vollständig das sacramentum s. stricto, die res sacramenti und sacramentum et res simul[4]). Das sacram. s. str. ist die Buße (materia) und Absolution (forma), die res die wirkliche Vergebung der Sünde und die Befreiung aus der ewigen Qual (purgatorium), und sacr. et res simul die Erfüllung der Verheißung des Herrn, so daß die den Aposteln verliehene Gewalt zu binden und zu lösen durch den Priester gehandhabt worden ist.

Zur Materie des Sacramentes gehören die Bestandtheile, entspre-

---

ctiss. poenitentiae sacramento. Aus der reichen Literatur sind besonders hervorzuheben: Joh. Morini comment. hist. de disciplina in administratione sacramenti poenitentiae XIII. primis seculis etc. Paris 1651. fol. u. öfter Jac. Sirmond historia poenitentiae publicae. Paris 1681. 8., auch in seinen Werken. Venetiis 1728. fol. T. IV. Thomassin vetus ac nova eccl. disciplina P. I. lib. II. c. 7. §. 13—15. c. 23. 38. P. II. lib. I. c. 56 sq. Bingham origines lib. XVIII. (T. VIII. p. 108 sq.) Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christl. Archäologie, Bd. IX. S. 1—218. Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkath. Kirche Bd. V. Th. II. S. 173 flg. Für die Praxis s. m. Brokmann, Pastoralanweisung zur Verwaltung der Bußanstalt in der katholischen Kirche. Münster 1836, 1838. 2 Th. 8.

2) Ueber mannigfache Irrthümer, welche aus der unrichtigen Deutung der Wörter μετανοία und poenitentia entstanden sind, vergl. man: Carol. Christian Tittmann opuscula theologica (Lipsiae 1803. 8.) p. 298 sq. p. 618.

3) C. 1. §. 4. X. de summa trinitate. (1. 1.) (Concil. Lateran. a. 1215.) Conc. Trid. cit. cap. 1. can. 1. Ueber das Verhältniß zur Taufe selbst eod. cap. 2. can. 2. vgl. eod. sess. VI. de iustificat. cap. 14.

4) Näheres darüber ist bei der Darstellung des katholischen Begriffs des Sacramentes nachzuweisen. Im Allgemeinen vergl. man über den Zusammenhang dieser drei Momente Gonzalez Tellez ad cap. un. X. de sacra unctione (I. 15.) not. o. tom. I. p. 511.

chend der Begehungsart der Sünde in Gedanken (corde), Worten (ore) und Werken (opere). Dieß ist schon früh anerkannt[5]) und besonders im Concil von Trient bestätigt[6]): Sunt quasi materia huius sacramenti, ipsius poenitentis actus, nempe contritio, confessio et satisfactio. Qui quatenus in poenitente ad integritatem sacramenti, ad plenamque et perfectam peccatorum remissionem ex Dei institutione requirantur, hac ratione poenitentiae partes dicuntur.

a) Das Gefühl wahrer Reue (contritio, compunctio cordis). Darauf wird insbesondere der Begriff der poenitentia im Ganzen früher angewendet[7]), später aber genauer unterschieden[8]).

b) Das Geständniß der einzelnen Sünde, die Beichte (confessio oris s. den Art.).

c) Die Buße selbst (satisfactio operis), die Uebernahme bestimmter Handlungen zur Genugthuung wegen der begangenen Sünden[9]).

Dazu tritt die forma, die Absolution des Priesters, bis zum 12. Jahrhunderte mit einem Gebete um Lösung (forma deprecativa): dominus absolvat te, seitdem selbst die Lösung ertheilend (form. indicativa, imperativa): ego absolvo te, vermöge der Jurisdiction des Geistlichen[10]). Darum erklärt auch das Concil von Trient[11]): Sacramenti poenitentiae formam, in qua praecipue ipsius vis sita est, in illis ministri verbis positam esse: ego te absolvo etc. quibus quidem de ecclesiae sanctae more preces quaedam laudabiliter adiunguntur; ad ipsius tamen formae essentiam nequaquam spectant, neque ad ipsius sacramenti administrationem sunt necessariae.

Der absolvirende minister des Sacramentes[12]) ist ein Presbyter, welcher vermöge eigner oder ihm übertragener Gewalt dazu befugt ist, und für gewisse Reservatfälle der Bischof und selbst der Pabst[13]). Eine Ausnahme tritt aber überhaupt für Sterbende ein (in articulo mortis)[14]).

---

5) Ingen. M. in I. Reg. cap. 2. (Op. T. XIII. p. 359.)

6) Cit. cap. 3. can. 4.

7) Siehe c. 39. §. 1. dist. I. de poenit. verb. mit c. 1. dist. III. eod. (Ambrosius c. a. 380.) c. 87. §. 6. dist. I. eod. verb. mit c. 4. dist. III. eod. (? Augustinus.)

8) Conc. Trid. cit. cap. 4. can. 5.

9) Conc. Trid. cap. 8. 9. can. 12. 13.

10) Vgl. Thomas Aquin. opusc. XXII. de forma absolutionis (in dessen Opuscula omnia. Paris 1634. fol. p. 375.) u. a. — Die Glosse zu c. 2. §. 2. in fin. dist. XXIII. ad. voc. dimittantur wird deshalb später verworfen und in der editio Romana widerlegt: dimittuntur peccata, non tantum ostenduntur dimissa.

11) Cit. cap. 3.

12) Das Nähere über diesen s. m. im Art. Beichte.

13) Darüber s. m. bes.: Die katholische Kirche, besonders in Schlesien. ed. I. (Altenburg 1827.) §. 25. S. 314 flg.!

14) C. 12. 13. C. XXVI. qu. VI. (Coelestinus P. P. a. 428.) und in vielen Decretalen. Auch zum Tode Verurtheilten soll nie dieses Sacrament

Was das Verfahren selbst betrifft, so ist der Grund bereits von den Aposteln gelegt worden. Unwürdige Christen wurden von der Gemeinschaft ausgeschlossen (1. Corinth. V, 2. Cor. II.) und erst nach genügender Reue wieder aufgenommen. Dabei verfuhr man strenger gegen gröbere und offenkundige Sünder (in den drei ersten Jahrh. besonders beim Abfall vom Glauben, Tödtung und fleischlichen Vergehen)[15]). Geheime Sünden, deren Anzeige erst später zur Pflicht gemacht wurde, büßte man anfangs in der Regel nicht öffentlich. Seit dieß allgemeiner geschah, wurde wenigstens das Vergehen selbst nicht öffentlich bekannt gemacht[16]).

Die Büßungen selbst bestanden in Gebet, Fasten (besonders die vierzigtägige carena[17])), Tragen von Bußgewändern und dergl. mehr[18]). Sowie die Catechumenen erscheinen auch die Büßenden in der Gewalt des Teufels und werden erst durch bestimmte Stufen für die Wiederaufnahme in die Gemeinde vorbereitet. 1) Fletus (προσκλαυσις). 2) Auditio (ἀκρόασις). 3) Substratio (genuflexio, ὑπόπτωσις). 4) Consistentia (σύστασις)[19]).

Das Maß der Bußübungen hing anfangs vom Geistlichen ab[20]). Später wurde mit Rücksicht auf die besonderen Umstände im Voraus darüber bestimmt und den Bußbüchern ein Strafverzeichniß zugefügt[21]). Seit dem 13. Jahrh. ward aber wieder die Entscheidung dem Ermessen des Priesters anheim gegeben[22]).

Seit dem 7. Jahrh. wurde das bisherige strenge Verfahren gemildert und nur gegen öffentliche Sünder öffentliche Buße verhängt. Gleichzeitig fing man auch an, die förmliche Buße mit anderen Bußwerken (eleomosyna u. s. w.) zu vertauschen, und wenn dieß auch anfangs gemißbilligt wurde[23]), so drang doch die in den Bußbüchern

---

versagt werden. Clem. I. h. t. (Clemens V. a. 1311.) Ueberhaupt Conc. Trid. cit. cap. 7.

15) Ueber die Anwendung auf die in den Verfolgungen Abgefallenen und die Verwendung der Confessoren und Märtyrer sehe m. Rettberg Cyprian (Göttingen 1831.) §. 7 flg. Binterim a. a. O. S. 315 flg. Vgl. J. H. Boehmer ad. cap. 84. dist. I. de poenit.

16) Siehe c. 31. dist. I. de poenit. (Iulian Pomerius c. a. 496.)

17) Siehe c. 1. C. XXII. qu. V. u. J. H. Boehmer dazu.

18) C. 66. dist. I. de poen. (Hieronym. c. 408.) c. 8. C. XXXIII. qu. II. (Paulin. Forciulens. a. 794.) vergl. c. 19. C. XXII. qu. V. (Augustin.?) c. 32. C. XIII. qu. II. (ex poenit. Rom. vergl. c. 2. X. de homicid. (5. 12.))

19) Siehe Gieseler, Kirchengesch. I. §. 69. und loc. cit. vergl. auch insbes. c. 63. dist. L. c. 5. C. XXXV. qu. II. (Conc. Agathense a. 506.)

20) C. 5. C. XXVI. qu. VII. (Conc. Carthag. III. a. 397.) c. 84. dist. I. de poenit. (Augustin. a. 401.) c. 2. C. XXVI. qu. VII. (Leo I. a. 458.)

21) Darüber in dem Art. von den libri poenitentiales.

22) C. 8. X. h. t. (5. 38.) (Innoc. III. a. 1199.) Conc. Trid. cit. cap. 8. 9.

23) Concil. Cloveshov. an, 747. can. 26. (Mansi Coll. Conc. T. XII. p. 403.) Concil. Cabilon. an. 813. can 36. 38. cap. 13. (al. 14.) X. de simonia. (5. 3.) (Hincmar. 852.)

niedergelegte Praxis durch[24]) und es kam zu einem förmlichen Abkaufe der Bußen und Sünden. So gewann man auch ein Maß, wenn im Zusammenhange mit der Lehre vom Fegfeuer eine Strafe über die Dauer des menschlichen Lebens hinaus verhängt wurde.

Die Vertauschung einer Pönitenz mit einer anderen und insbesondere der Erlaß eines Theiles der Buße gegen gute Werke, besonders Gaben an die Kirche, ist Indulgenz oder Ablaß. Ein solcher ist nothwendig, da die wahre Buße zwar Verzeihung der Sünde und der ewigen Strafe, aber nicht immer Nachlaß der zeitlichen Strafen herbeiführt[25]). Die katholische Kirche hat daher mit bestimmten frommen Werken und Uebungen gewisse Ablässe verbunden. Die Ertheilung derselben steht den Bischöfen aber nur in geringerem Umfange zu, nämlich am Tage der Kirchweihe auf ein Jahr, sonst aber bei feierlicher Gelegenheit auf vierzig Tage[26]). Das volle Recht besitzt dagegen der Pabst[27]), der dasselbe dann einzelnen Kirchen dauernd oder auf gewisse Zeit überträgt und im vollen Umfange es selbst im Jubelablasse ausübt. Diese führte Bonifaz VIII. im Jahre 1300 ein und verordnete die Erneuerung alle 100 Jahre, welche im J. 1349 Clemens VI. auf 50, Urban VI. im J. 1389 auf 33, Paul II. im J. 1470 und Sixtus V. im J. 1473 auf 15 Jahre reducirte[28]). Außerdem sind aber bei besonderen Veranlassungen auch sonst noch allgemeine Ablässe ausgeschrieben und von Paul II. im J. 1464 das bisher auf Rom beschränkte Privilegium auf alle katholische Kirchen ausgedehnt worden.

Die Ablässe selbst schöpft die Kirche aus dem Schatze der Verdienste Christi, welcher dem Bischofe von Rom zur Verwaltung übertragen worden ist[29]).

Vielfache Mißbräuche hatten sich mit der Zeit in Buß- und Ablaßwesen eingeschlichen. Das Concil von Trient suchte diesem abzuhelfen und Viele behaupten, daß dieß mit Erfolg geschehen sei[30]), während andere Katholiken dem widersprechen[31]) und selbst die vom Concil angenommene Nützlichkeit des Ablasses (sess. XXV. decr. de indulgentiis) bezweifeln.

Die Lehre von der Buße und dem Ablasse war der erste Streit-

---

24) Belege gibt Gieseler, Kirchengeschichte II. 1. §. 31. vergl. damit Gonzalez Tellez zum cap. 13. X. de simonia cit. Morinus de poenit. lib. X. c. 16 sq.

25) Conc. Trid. sess. VI. de iustificatione cap. 14. can. 30. sess. XIV. cit. cap. 8.

26) C. 14. 15. X. h. t. c. 1. 3. eod. in IV.

27) Ueber volle Sündenvergebung seit Gregor VII. sehe man Gieseler, Kirchengesch. II. 2. §. 81.

28) C. 1. 2. 4. Extrav. comm. h. t. Gieseler a. a. O. II. 3. §. 118. II. 4. §. 147.

29) C. 2. Extr. comm. h. t. vergl. Conc. Trid. sess. XIV. cit. cap. 8.

30) S. Walther, Lehrbuch des Kirchenrechtes §. 280—282. u. A.

31) Man vergl. Eibel, was ist der Ablaß? Wien 1782. 8. Kopp, die katholische Kirche im 19. Jahrh. S. 74 flg. Santer princ. iuris eccl. §. 681.

punct, welcher eine Trennung der evangelischen von der katholischen Kirche herbeiführte. Anfangs nahmen die Reformatoren aber neben der Taufe und dem heiligen Abendmahle auch die Buße als Sacrament an[32]). Doch verwarf man die confessio oris (siehe den Art. Beichte) und nahm als Bestandtheile die contritio et fides an, und forderte digni fructus poenitentiae, nämlich ein neues besseres Leben[33]). Da aber Luther selbst schon im großen Catechismus erklärt hatte, das Sacrament der Taufe umfasse die Buße mit[34]), so wurde die letztere später nicht mehr als eignes Sacrament beibehalten[35]).

H. F. Jacobson.

Cabinet, Cabinetsinstanz, Cabinetsjustiz, Cabinetsordre ꝛc.[1]) Das aus dem Französischen entspringende Grundwort bedeutet zunächst ein kleines Zimmer, dann ein solches neben einem größeren, insonderheit das Nebenzimmer des Fürsten, worin er seinen Arbeiten obliegt, worin er die von ihm persönlich abhängigen Geschäfte verwaltet, häufig auch geheimes Cabinet genannt; auf die Person übergetragen: das Personal, welches dem Monarchen dabei beisteht, Cabinetsräthe, Cabinetssecretärs, Cabinetscassirer. Daher entspringt auch die Benennung Cabinetsgut für Chatoullgut[2]). Weiter ausgedehnt auf alle Geschäfte, die dem Monarchen selbst als solchem obliegen, repräsentirt es die gesammte Regierung und dann die darin mit dem Fürsten arbeitenden Beamten, vorzüglich die Minister, nach constitutionellem Staatsrechte, die verantwortlichen Minister, Cabinetsminister, auch verantwortlichen Cabinetsräthe[3]). Im Königreiche Sachsen hießen sonst bis zur Errichtung einer Constitution die Minister, welche dem Könige im Cabinete Vortrag zu machen hatten, Cabinetsminister, die, welche blos zu Berathungen im Ministerium ohne jene Verpflichtung gezogen wurden, Conferenzminister. In Frankreich unterscheidet man streng das nur für die Privatangelegenheiten des Königs bestellte Cabinet (cabinet du roi), dessen Mitglieder blos dem Eigenwillen des Königs unterworfene Canz-

---

32) Siehe Melanchthon loci communes, loc. de sacramentis. — Luther schrieb noch 1546: daß die Buße sammt der Gewalt der Absolution oder Löseschlüssel ein Sacrament sei, bekennen wir gern, denn sie hat die Verheißung und gibt Vergebung der Sünde um Christi willen. (Werke. Jenaer Ausgabe. Th. VIII. S. 382.)

33) Siehe augsburg. Confession Art. 12. Gegen die satisfactio daselbst Art. 3.

34) Im Concordienbuche S. 549. Poenitentia proprie nihil aliud est, quam baptismus aut eius exercitium.

35) Augusti, Dogmengesch. §. 98 sagt, man sei stillschweigend davon abgekommen.

1) Ueber diesen ganzen Art. vergl. v. Rotteck und Welcker, Staatslexikon 3. Bd. Altona und Leipzig 1836. S. 157 flg. unter dem Worte Cabinet ꝛc.

2) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes, 3. Ausg. Frankfurt a. M. 1831. §. 335. Note a.

3) Klüber a. a. O. §. 344. Note b.

leiverwandte sind, von dem für die Staatsgeschäfte bestimmten conseil du cabinet, bestehend aus den Departements- und einigen Staatsministern ohne Portefeuille nebst zwei Staatsräthen. In England ist das cabinet council ein engerer Ausschuß des Ministeriums und geheimen Rathes, welcher Ausschuß für jede Sitzung besonders berufen wird.

Was vom Cabinet ausgeht, ist als vom Könige selbst ausgehend zu betrachten, muß daher, wenn es Staatsgeschäfte betrifft, in constitutionellen Staaten von dem verantwortlichen Minister contrasignirt sein. Da indeß in diesem, für reine persönliche Angelegenheiten des Monarchen und Staatsgeschäfte vermischt bestimmten, Departement eben wegen dieser Geschäftsvereinigung die Verleitung zu Umgehung der gesetzlichen Formen und zu willkürlicher Behandlung der Geschäfte vorzüglich groß ist, so pflegt man Cabinetsregierung häufig im Sinne einer willkürlichen Regierung zu nehmen, wobei entweder der Eigenwille des Monarchen selbst oder der Personen, welche, über den Staatsbehörden stehend, ihn berathen — Cabinetsrath — die Norm der Entscheidung abgibt. Darum pflegt man auch in absoluten Monarchien mehr als in constitutionellen den Ausdruck Cabinet für die höchste Regierungsbehörde zu gebrauchen, da der absolute Monarch in allen Angelegenheiten ohne und mit Unterschrift eines Ministers (so die alte spanische Unterschrift: io il Re) Cabinetsbefehle erlassen kann, und da dort der Monarch, außer den übrigen Staatsgewalten, auch im unbeschränkten Besitze der gesetzgebenden Gewalt ist. Friedrich der Große gab zuerst seinen aus dem Cabinet gegebenen Befehlen den Namen Cabinetsordre, und seitdem ist dieser Ausdruck in Preußen beibehalten worden. Nur einige teutsche Fürsten dritten Ranges nahmen, nachdem sie durch den Rheinbund die volle Souveränetät statt der sonstigen Landeshoheit erlangt hatten, diesen Ausdruck, wahrscheinlich zu nachdrücklicherer Bezeichnung ihrer Autokrasie, an. Er ist aber dem Teutschen: Cabinetsverfügung, Cabinetsbefehl gewichen, und selbst dieser wird jetzt, wegen des erwähnten Nebenbegriffes, möglichst vermieden. Doch bedeutet er, wenn er in Staatsangelegenheiten gebraucht wird, die vom Monarchen selbst oder von seinen Ministern unter seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung ausgegangene Anordnung. Sind einmal in einem Staate diese Ausdrücke für die der Sphäre des Monarchen überlassenen Beschlüsse hergebracht, so liegt darin, selbst in einem constitutionellen Staate, nichts Anstößiges, weil sie dann nur die vom Monarchen, unter Mitwirkung seiner verantwortlichen Beamten, ohne vorherige Befragung der Landstände, erlassenen Befehle, Ministerialverordnungen, Verordnungen κατ' ἐξοχήν, (franz. ordonnances) bezeichnen. Dieß setzt dann auch gewöhnlich voraus, daß man das Wort Cabinet als Benennung für die höchsten Staatsstellen (anderwärts Staatsministerium, Geheimeraths-collegium, der Geheimerath, Ministerconferenz genannt) zu gebrauchen pflegt. Immer aber müssen genau das für die Privatangelegenheiten des Monarchen und das für dessen Staatsangelegenheiten bestimmte Cabinet geschieden werden, indem in Ersterem blos des

Monarchen Willkür, in Letzterem die Staatsverfassung seine Handlungen zu leiten hat. Indeß auch dieses letzte Cabinet ist nach den verschiedenen Verfassungen und Verwaltungssystemen verschieden. In dem Verhältnisse der Staaten gegen einander erscheint das gesammte Volk als in der Person des Monarchen vereinigt, er repräsentirt das ganze Volk, er repräsentirt auch seine Regierung. Und da das Cabinet in seinen verschiedenen Bedeutungen mehr der Persönlichkeit des Monarchen angehörig erscheint, als die Ausdrücke Regierung, Ministerium u. s. w., so wird in der Sprache der Diplomatie mehr als dieser Ausdrücke sich der Bezeichnung: Hof, Cabinet, bedient, verbunden mit der Benennung der Residenz des Monarchen: das Cabinet von London, St. James, Paris, der Tuilerien, von Versailles ꝛc. Richtig drückt sich nach allem diesen ein berühmter Publicist[4]) darüber kurz so aus: In dem völkerrechtlichen Sinne bezeichnet das Wort Cabinet die Regierung eines monarchischen Staates in ihrem Verhältnisse zu anderen unabhängigen Staaten, z. B. le Cabinet des Tuileries. In dem staatsrechtlichen Verhältnisse versteht man darunter eine geheime Rathscanzlei unmittelbar bei der Person des Monarchen, wo man zuweilen Civil- und Militärcabinet unterscheidet. Das Eine möchten wir dagegen erinnern, daß im völkerrechtlichen Sinne jenes Wort nicht blos von Regierungen monarchischer Staaten gebraucht wird. Man sagt z. B. auch: das Cabinet von Washington, um damit die Regierung des nordamerikanischen Präsidenten zu bezeichnen. Nur folgende Bemerkungen müssen wir hier noch beifügen. Der Character des Cabinets ist verschieden von dem der Camarilla. Die Theilnehmer an letzterer sind in der Regel Höflinge, Hofdiener, Günstlinge und Vertraute des Monarchen, welche, ohne dazu berechtigt zu sein, gewöhnlich im Geheim (hinter den Coulissen des politischen Theaters) einen Einfluß auf die Entschließungen des Monarchen ausüben, während das Cabinet aus Personen besteht, die zur Berathung und Unterstützung des Monarchen öffentlich angestellt und daher gleichfalls häufig von bedeutender Einwirkung auf die Staatshandlungen des Monarchen sind, es nach den Grundsätzen der constitutionellen Monarchie sogar sein sollen. Le roi regne, il ne gouverne pas. Endlich pflegen auch Standesherren die zu Besorgung ihrer Privat- und der ihre Person besonders angehenden öffentlichen Geschäfte bestellte Canzlei ihr Cabinet zu nennen[5]).

Welches der Cabinete in seinen verschiedenen Beziehungen in die Ausübung der Justiz in einem einzelnen Fall eingreift, das übt Cabinetsjustiz[6]). Denn das Wesen der Justiz besteht in der Hand-

---

4) Klüber a. a. O. §. 344. Note b.

5) Klüber a. a. O. §. 306. Note e.

6) Außer den nachstehend bei besonderen Gegenständen anzuziehenden Schriften verweisen wir hier vorzugsweise auf Sommer, rechtswissenschaftliche Abhandlungen 1. Bd. Gießen 1818. Abh. VIII. Elvers und Bender, allgemeine juristische Zeitung 2. Bd. Göttingen 1829. S. 77. Sietze, Ausübung oberstrichterlicher Gewalt der Staats- und Cabinetsjustiz in wesentlicher Differenz dargestellt, Potsdam 1835. — eine Schrift, die, auf Veranlassung des

habung des Rechtes von selbstständigen, dem Einflusse der Staatsgewalt entzogenen Richtern. Jede von Administrativbeamten als solchen — und das sind doch die Mitglieder jedes Cabinets — verwaltete Justiz ist daher nur eine Nominaljustiz, keine wahre Justiz [7]). Hof- oder Cabinetsjustiz ist — so drückt sich der schon erwähnte Publicist [8]) darüber aus — Schein- und Unjustiz. Sie, auch als Hof- und Cabinetsinstanz auftretend, besteht in Befehlen des Monarchen, des Cabinets, der Regierung, wodurch in einzelnen Fällen eine gewisse Entscheidung oder Procedur [9]), ohne Berücksichtigung der dießfallsigen Ueberzeugung des Richters, geboten wird. Allein es muß, nach allgemein anerkannten Grundsätzen, selbst in den absolutesten Monarchien der Rechtsgang für Cabinetsbefehle unerreichbar sein. Denn die Regierung ist in den Haupttheilen der Rechtspflege, im Criminalrecht und in allen Prozessen des Fiscus selbst Partei, der Präsumtion nach daher nicht unparteiisch, kann also auch sich nicht selbst Recht sprechen [10]). Sie ist überdieß, da sie im Besitze der höchsten Macht im Staate sich befindet, der Versuchung, Gewalt für Recht ergehen zu lassen, mehr als jede andere Behörde im Staate ausgesetzt, sonach die unfähigste Richterbehörde, die es geben könnte. Wenn daher auch bei den Völkern auf der rohesten Culturstufe Gesetzgebung und Richtergewalt in einer Person vereinigt waren, die Regierung zugleich das Richteramt übte, so bildete sich doch schon aus den obigen, in dem Gefühle jedes Staatsbürgers liegenden Rechtsgründen — der politischen [11]) hier gar nicht zu gedenken — sobald die Völker zu einiger Besinnung über Staat und Staatenwesen kamen, ein ausgesprochener Widerwille gegen das Rechtsprechen der Regierung aus. So waren bei den Griechen,

---

bekannten Müller-Arnoldischen Prozesses der Cabinetsjustiz das Wort spricht, jedoch ihre Zurechtweisung schon mit wenigen Worten in dem gersdorfischen Repertorium der gesammten teutschen Literatur, Leipzig 1836. 7. Bd. 2. Heft, S. 116, noch gründlicher aber in der jenaischen allgemeinen Literatur-Zeitung, August 1836. Nr. 143. S. 177 flg., ganz vorzüglich endlich in den Blättern für literarische Unterhaltung, Leipzig 1836. Nr. 275 flg. S. 1157 flg. erhalten hat.

7) v. Aretin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 2. Bd. 1. Abth. von v. Rotteck, Altenburg 1827. S. 226.

8) Klüber a. a. O. §. 373. bes. Note i.

9) Z. B. Verhandlung im summarischen statt Ordinarprozeß. Ein Beispiel davon siehe bei Gönner an dem Note 18 angezogenen Ort §. 8. S. 20 flg.

10) C. 1. C. ne quis in sua causa iudicet. (3. 5.)

11) Umständlich sind sie in dem oben (Note 1) angezogenen Artikel des Staatsrechtslexikons S. 164 flg. dargelegt, womit Gönner in dem Note 18 aufgeführten Werke a. a. O. §. 3 flg. zu vergleichen ist. S. auch Schmalz, das teutsche Staatsrecht, Berlin 1825. §. 393. Am Schönsten sind sie unstreitig dargestellt in der berühmten Rede des so hoch verdienten damaligen Kammergerichtsdirectors Kircheisen, bei der Einführung des jetzigen Königs, damaligen Kronprinzen von Preußen, in das Kammergericht, vollständig abgedruckt in Klein, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten, Berlin 1788—1807. 9. Bd. S. 301 flg.

Römern und alten Germanen es nicht die Könige, die selbst richteten, sondern wenn sie auch den Gerichten vorsaßen, so waren es doch Richter aus dem Volke, welche eigentlich das Urtheil fällten. Von den alten Germanen hat sich dieß besonders nach England verpflanzt, wo noch die Spuren jener alten Verfassung sichtbar sind. Selbst in dem Verhältnisse, welches den Unterthan am Meisten von seinem Monarchen abhängig machte, im Lehensverhältniß, im Verhältnisse des Vasallen zum Lehensherrn, zeigte sich in Ansehung der Gerichtsbarkeit der frühere Typus in dem iudicium parium, den französischen pairs, den englischen peers, den teutschen Genossengerichten, Mannengerichten, Hofgerichten[12]). Doch den nächsten Grund zu der jetzigen Unabhängigkeit der Rechtspflege legten die Reichsgerichte um das Jahr 1600 durch den damaligen Reichsdeputationsabschied, worin (§.15) befohlen wurde, daß alle Gerichte in allen Orten mit verständigen Urtheilern besetzt werden sollten. Näher ausgebildet wurde dieß im Jüngsten Reichsabschiede[13]), wo die Landesherren für Besetzung der Gerichte mit qualificirten Richtern und für die aus dem Gegentheile erwachsenen Schäden verantwortlich gemacht werden. Der teutsche Bund baute darauf fort, indem er[14]) die Nothwendigkeit dreier Instanzen in allen teutschen Bundesstaaten anerkannte und die Remedur gegen Justizverweigerung, also auch gegen Cabinetsjustiz, die allemal eine Verweigerung der Justiz ist, in den einzelnen Staaten zur Sache der Bundesversammlung machte[15]), der in den meisten neueren Constitutionen gegen Cabinetsjustiz enthaltenen Vorschriften nicht zu gedenken[16]). War nun ja sogar durch das römische Recht, später in Criminalsachen durch die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., der Cabinetsjustiz sehr entgegengearbeitet worden[17]), so bildeten sich dadurch immer mehr folgende Grundsätze aus[18]): 1) Alle Justizsachen müssen vom persönlichen

---

12) Der oben Note 1 als vorzüglich bei diesem Artikel berücksichtigt angeführte Artikel des Welcker-Rotteck'schen Staatslexikons ist hierüber S. 175 flg. besonders nachzulesen.

13) Rec. Imp. de an. 1654. §. 108 u. 109 in Schmaußens corpus iuris publici, Leipzig 1774. S. 992 flg.

14) Teutsche Bundesacte Art. 12.

15) Schlußacte der wiener Ministerialconferenzen vom 15. Mai 1820. Art. 29. Man vergl. Klüber a. a. O. §. 217.

16) Landesvertrag im Fürstenthume Waldeck vom 19. April 1816. §. 25. Litt. g. Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818 Abschn. IV. §. 8. Abschn. VIII. §. 3, 4. Dergl. für das Königreich Würtemberg vom 25. Sept. 1819. §. 26. Dergl. für das Großherzogthum Hessen vom 17. Dec. 1820. §. 31—34. Dergl. für das Herzogthum Sachsen-Coburg vom 8. August 1821 §. 21, 22. Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Meiningen vom 23. August 1829. §. 105. Verfassungsurkunde für das Kurfürstenthum Hessen vom 5. Januar 1831. §. 114. Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831. §. 45, 46. Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. Sept. 1831. §. 45, 47, 48.

17) Umständlicher ist mit den Beweisstellen sich darüber verbreitet in dem Art. Bericht 2. Bd. S. 3.

18) Man vergl. Gönner, Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses

Einflusse des Landesherrn in Bezug auf Entscheidung ganz frei bleiben und der Regent muß der persönlichen Rechtsprechung sich ganz enthalten. 2) Er muß die Justiz vielmehr durch mit rechtskundigen Richtern besetzte Gerichte verwalten lassen, und Niemand darf diesen seinen ordentlichen Richtern entzogen werden. 3) Die Gerichte sollen unabhängig sein. Eben deshalb darf in der Reihe derselben das, nach Obigem, vom Monarchen und den Regierungsprincipien abhängige Cabinet nicht stehen, wenn es gleich zufällig mit rechtskundigen Männern besetzt wäre, zumal diese Qualität in der Regel nicht diejenige ist, welche von Mitgliedern eines Cabinets erfordert wird. Die Stimmen der Vertheidiger der Cabinetsjustiz[19]) sind daher so verhallt, daß auch in den absolutesten Monarchien sie keinen Beifall mehr finden, noch weniger einer Anführung ihrer Gründe und einer Widerlegung bedürfen und höchstens indirecte Einwirkung des Cabinets mag hier und da, besonders seit der im Criminalprozesse aufgehobenen und im Allgemeinen so sehr beschränkten Actenversendung[20]), stattfinden.

Durch diese Grundsätze über Cabinetsjustiz sind aber keineswegs die Rechte des Monarchen, als Inhabers der Justizhoheit[21]), beschränkt, auch nicht inwiefern diese auf einzelne in Rechtsstreitigkeiten verwickelte Personen Einfluß hat. In den letzteren Verhältnissen äußert sich vorzüglich das Recht der Oberaufsicht in Fällen der Beschwerde über verzögerte oder verweigerte Justiz[22]) und das Begnadigungsrecht[23]), das selbst nach englischem Rechte, wo doch die Justiz so ganz unabhängige Formen hat, dem Landesherren eben so wohl zusteht, als auch in Teutschland, trotz des Verbotes der Cabinetsjustiz, das Recht, daß die Justiz im Namen des Monarchen geübt werde. Am Uebelsten und am Schwersten zu beseitigen ist unstreitig die verschleierte Cabinetsjustiz, welche durch neue Gesetze, oder authentische Interpretationen — Beides freilich in constitutionellen Staaten nicht ohne Beschränkungen zu erwirken — zur Vorbauung gegen zu erwartende künftige ungünstige Entscheidungen, vielleicht sogar mit rückwirkender Kraft, durch Belohnung und Beförderung willfähriger, durch Zurücksetzung, Quiescirung ꝛc. blos dem strengen Rechte folgender Richter ꝛc. ꝛc. unter unzähligen Gestalten, stets nur indirect geübt wird. Leichter zu erkennen sind freilich andere, offen liegende Arten der Cabinetsjustiz, z. B. die Verwandlung der Justizsachen in Polizeisachen, der Civilrechtssachen in Administra-

---

1. Bd. Nr. I. §. 4. S. 13. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes, Frankfurt a. M. 1837. §. 190.

19) Auch darüber verbreitet sich der öfter erwähnte Art. des Staatslexikons S. 165 u. 185 flg. ausreichend. Wegen des neusten Vertheidigers siehe die Widerlegungen oben in Note 6.

20) Vergl. den Art. Acten 1. Bd. S. 36.

21) v. Aretin-Rotteck in dem oben Note 7 a. O. S. 212. Gönner a. a. O. §. 5. Nr. 2. S. 15.

22) Darüber ist umständlich gehandelt in dem Art. Beschwerde 2. Bd. S. 30 flg. u. S. 36 flg. Vergl. auch Gönner a. a. O. §. 7. S. 17. u. §. 8. S. 19. Maurenbrecher a. a. O.

23) Siehe den Art. Begnadigung 1. Bd. S. 791 flg.

tivsachen [24]) und deren sodann verfügte Behandlung vor der Administrativbehörde. So nimmt auch die Administrativjustiz sehr gern diesen Character an [25]). Freilich liegen diejenigen Eingriffe des Cabinets in die Justiz klarer vor, bei welchen der Landesherr ohne Weiteres Erkenntnisse der Richterbehörden durch Cabinetsbefehle eigenmächtig abändert, oder dem Grundsatze, daß der Lauf der Justiz nicht gehemmt werden soll, entgegen, dem Gerichte die rechtliche Ausfertigung auf den im gesetzlichen Wege gethanen Antrag eines Klägers oder Beschwerten, oder die Execution eines rechtlichen Erkenntnisses verbietet, den Beklagten davon dispensirt, das Erkenntniß cassirt ꝛc. [26]) Allein es gibt Fälle, namentlich da, wo es streitig ist, ob die Sache Justiz- oder Administrativsache sei, wo dieß sehr schwer zu erkennen ist. Streitig ist insonderheit die Frage, ob ein Landesherr, in dessen Namen doch die Justiz verwaltet wird und von dem die Justizbehörden eingesetzt sind, Commissionen für einzelne Rechtssachen ernennen dürfe [27]). Wir glauben, die Fälle ausgenommen, wo Unruhen im Lande die Einsetzung eines außerordentlichen Criminalgerichtes, Standgerichtes ꝛc., untet Beitritt constitutioneller Vorschriften, rechtfertigen, oder wo beide Parteien um Einsetzung einer Commission in Civilsachen bitten, jene Frage in jedem Staate verneinen zu müssen, wo durch einen gehörigen Instanzenzug Gelegenheit gegeben ist, im gehörigen Rechtswege durch Rechtsmittel oder Recusation sich den Entscheidungen des unfähigen oder böswilligen Richters zu entziehen. Die Frage endlich: Was soll ein Richter thun, wenn er einen Cabinetsjustiz ausübenden Befehl erhält? [28]) läßt sich jetzt nur dahin beantworten, daß der Richter zuvörderst kräftige berichtliche Gegenvorstellungen machen und, kann er dadurch die Zurücknahme des Cabinetsbefehles nicht erwirken, den Befehl den Betheiligten zufertigen und ihnen die Ergreifung der gesetzlichen, bezüglich bundesgesetzlichen [29]) Mittel dagegen überlassen muß. Die größte Verirrung der Cabinetsjustiz im 19. Jahrhundert geschah wohl rücksichtlich eines Beamten in Mecklenburg-Schwerin, wobei aber auch die Gerechtigkeit und Humanität des damaligen Großherzogs in einem glänzenden Lichte erscheint [30]).

Buddeus.

---

24) Ueber die hierher einschlagende Frage wegen der königlich preußischen Verordnung, wodurch die Entscheidung aller Streitfragen, Staatsverträge betreffend, dem Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten übertragen ist, siehe (Buddeus) die Minister-verantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, Leipzig 1833. Abschn. 55a. S. 94.

25) Siehe den Art. Administrativjustiz 1. Bd. S. 134 flg.

26) Gönner a. a. O. §. 2. S. 7. u. §. 6. S. 16 flg. Klüber a. a. O. §. 169.

27) Gönner a. a. O. §. 9. S. 22 flg.

28) Derselbe a. a. O. §. 33. S. 54 flg.

29) S. u. d. Art. Beschwerde, vorstehend in Note 22 angezogen.

30) Erzählt in dem ersten der sechs Rechtsfälle, welche mitgetheilt sind von Grabe, Theorie und Praxis des gemeinen teutschen Criminalrechtes im 19. Jahrhundert, in merkwürdigen Strafrechtsfällen dargestellt, Hamburg 1838.

Caducum [1]) hieß im römischen Rechte zur Zeit der freien Republik Alles, was an sich giltiger Weise vergabt war, aber durch einen hinzutretenden Umstand an denjenigen, für den es bestimmt war, nicht gekommen ist und deshalb als ausgefallen betrachtet wurde [2]). Seit der lex Iulia caducaria und Papia Poppaea ist der Begriff schärfer bestimmt worden. Im Sprachgebrauche, der durch das erstgenannte Gesetz veranlaßt worden ist, ist caducum die allgemeine Bezeichnung für erbloses Gut (bona vacantia) geworden, und in dieser Beziehung werden caducum vacantiaque bona häufig mit einander verbunden [3]). Daraus ist auch der Beiname der lex Iulia caducaria [4]) zu erklären, mag man nun denselben dem Gesetze in seinem ganzen Umfange beilegen, oder nur auf den Theil desselben beziehen, wodurch das erbloße Gut der Volkscasse (populus) zugewendet wurde. Im Sprachgebrauche, welcher sich in Folge der lex Papia Poppaea gebildet hat, ist der Begriff caducum dahin bestimmt worden, daß darunter alle testamentarischen Zuwendungen verstanden werden, welche dem Honorirten zwar nach dem ius civile zukommen, aber aus irgend einem später hinzutretenden Grunde unwirksam werden [5]). Die einzelnen Voraussetzungen des Begriffes sind folgende: a) das caducum muß in einem giltigen Testamente oder, was demselben gleich ist, in confirmirten Codicillen hinterlassen sein [6]). b) Die Disposition, welche caduc werden soll, muß nach dem Civilrechte giltig angeordnet sein [7]). Durch dieses Merkmal unterscheidet sich das caducum im engeren Sinne von dem, was für gar nicht angeordnet gilt (ea, quae pro non scriptis habentur). c) Es muß irgend ein specieller Grund vorliegen, welcher verursacht, daß der Honorirte das, womit er im Testamente bedacht ist, nicht erhält; ohne Unterschied, ob der Grund davon im Wegfall der Person liegt, oder nur in dem der Fähigkeit, etwas aus dem Testamente zu erwerben. Dieser Mangel heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen Incapacität [8]), beruht stets auf speciellen gesetzlichen Vor-

---

1) Literatur: Jacobus Gothofredus quatuor fontes iuris civilis. Joh. Gottl. Heineccius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam commentarius. Baumeister, das Anwachsungsrecht unter Miterben nach römischem Rechte S. 82—103. Meyer, das Recht der Anwachsung bei dem testamentlichen und gesetzlichen Erbrechte S. 176—210. Schneider, das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Iulia et Papia.

2) So caducae hereditates bei Cic. Philipp. X. 5. Vgl. Heineccius l. c. lib. III. c. 3. p. 383.

3) Vgl. v. Schröter zu der Lehre von den bona vacantia in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Th. 10. S. 92 flg.

4) Ulp. fr. 28. 7. Vgl. L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.)

5) Ulp. fr. 17. 1. Vgl. Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 98—103.

6) Ulp. fr. 17. 1. Pauli S. R. IV. 8. §. 26. Vgl. Heineccius l. c. lib. III. cap. 3. §. 2. p. 384.

7) Ulp. fr. 17. 1. L. un. §. 2 u. 3. C. de caducis tollendis. (6. 51.)

8) Die römischen Juristen brauchen gewöhnlich die Redensart hereditates

schriften und ist von der sogenannten testamenti factio passiva völlig verschieden[9]), wie das Beispiel der Ehelosen und der Junischen Latinen ergibt, welche zweifelsohne testamenti factio haben und gleichwohl mit Incapacität behaftet sind[10]). Als caducum wird in den römischen Rechtsquellen namentlich Folgendes genannt: Vermächtnisse, welche nach dem Tode des Erblassers bis zur Testamentseröffnung wegen Wegfall der Suspensivbedingung, unter der sie hinterlassen worden waren, ausfallen[11]); Erbtheile und Vermächtnisse, falls der Bedachte vor der Eröffnung des Testamentes, aber nach dem Tode des Erblassers verstirbt oder peregrinus wird[12]); Erbtheile, deren Erbe nach der Eröffnung des Testamentes, aber vor dem Antritte der Erbschaft verstirbt, oder seinen Erbtheil ausschlägt[13]); wenn der bedachte Junianische Latiner nicht binnen hundert Tagen nach der Eröffnung des Testamentes oder nach erhaltener Wissenschaft das römische Bürgerrecht erlangt[14]), ohne Unterschied, ob er zur Erbschaft berufen ist oder ein Legat erhält; und wenn ein Unverheuratheter (coelebs) als Erbe oder Legatar binnen hundert Tagen nach Eröffnung des Testamentes oder nach erhaltener Wissenschaft nicht nach den Verfügungen des Gesetzes heurathet[15]). Hierher gehören wohl auch noch folgende Fälle: wenn ein Kinderloser (orbus) seinen Erbtheil oder sein Legat zur Hälfte verliert[16]), und wenn nach der lex Iulia und Papia Poppaea irgend Etwas wegen gänzlicher oder theilweiser Incapacität der Ehegatten ausfällt[17]). Auf Fideicommisse hat sich der Begriff des Caducum von Anfang an nicht erstreckt, da die Junischen Latinen jederzeit dieselben erwerben konnten[18]) und ein Gleiches auch von denen, welche nicht verheurathet sind, oder keine Kinder haben, galt[19]). Doch sind auf die beiden zuletzt genannten Classen von Personen durch ein pegasianisches SC. auch in Bezug auf Fideicommisse dieselben Grundsätze angewendet worden, welche vom Erwerb der Erbschaften und Legate gelten, und die leergewordenen Vermächtnisse denen, welche Kinder haben, und der Volkscasse zugewiesen

---

legataque capere prohibentur. Vgl. Caius inst. II. 110. 111. 286. Ulp. fr. 22. 3. Doch findet sich auch capacitas in L. 55. §. 1. D. de legatis II. (31.)

9) Vgl. Müller, die Schenkung auf den Todesfall §. 31. Hasse im rheinischen Museum Bd. 3. S. 413. Schneider a. a. O. S. 181. Schrader ad Justiniani inst. p. 792.

10) Siehe v. Bangerow über die Latini Juniani S. 109—117.

11) L. un. §. 2. C. 6. 51. vergl. mit L. un. §. 1. C. ibid.

12) Ulp. fr. 17. 1. L. un. §. 1 u. 2. C. ibid.

13) Ulp. fr. 1. 21. L. un. §. 1. C. ibid.

14) Ulp. fr. 17. 1. 22. 3. Vgl. auch Caius inst. 1. 23.

15) Ulp. fr. 17. 1. Vgl. Caius inst. II. 111. 144. 286.

16) Caius inst. II. 111. 144. 286. Anderer Meinung ist Schneider a. a. O. S. 121—131; er sucht zu beweisen, daß, was die Kinderlosen verlieren, bonum vacans werde.

17) Ulp. fr. 15. Schneider a. a. O. S. 121, läßt auch dieß nicht als caducum gelten.

18) Caius inst. II. 275.

19) Caius inst. II. 286.

worden. Verschieden von dem Begriffe des caducum in diesem Sinne ist nach dem Zeugnisse Justinians[20]) das, was die alten Rechtsgelehrten in causa caduci nannten, und der Kaiser rechnet dahin Alles, was nach Errichtung des Testamentes, aber bei Lebzeiten des Erblassers dadurch ausfällt, daß binnen der angegebenen Zeitpuncte entweder der Honorirte verstirbt oder die Suspensivbedingung, unter welcher das Vermächtniß hinterlassen ist, wegfällt. Die anderen Quellen des vorjustinianischen Rechtes erkennen diesen Unterschied nicht an und es scheint derselbe insofern nur formell vorhanden gewesen zu sein, als die Rechtssätze, welche vom Caducum galten, leicht auf das, was in causa caduci war, übertragen werden konnten. Vielleicht kam daher auch der Name; denn in causa caduci kann nach der Redeweise der römischen Juristen nur dasjenige heißen, was zwar kein Caducum ist, aber doch nach ähnlichen Regeln beurtheilt wird. Von beiden Arten des Ausfallenden ist endlich das zu unterscheiden, was pro non scripto erachtet wird[21]). Man begreift mit diesem Namen alle diejenigen testamentarischen Vergabungen, welche aus gewissen durch das Gesetz aufgestellten Gründen so betrachtet werden, als ob sie im Testamente gar nicht enthalten wären. Dahin gehören folgende einzelne Fälle: wenn der Berufene zur Zeit der Testamentserrichtung schon verstorben war[22]); wenn der Legatar zur Zeit der Testamentserrichtung oder später servus poenae wird[23]), oder sich in feindlicher Gefangenschaft befand und später nicht in's Vaterland zurückgekehrt ist[24]); wenn der Berufene das Legat gegen die Verfügung des libonianischen SC. sich selbst im fremden Testamente ausgeschrieben hat[25]); wenn eine captatorische Honorirung vorliegt[26]); wenn das Legat in wesentlichen Stücken unverständlich ist[27]); wenn einem fremden Sclaven legirt und dieser nachher vom Erblasser gekauft worden ist[28]); wenn das Legat dem Honorirten nach der Absicht des Erblassers zur Schande gereicht[29]), und überhaupt wenn bei einem von Anfang an giltigen Legate späterhin ein Umstand eintritt, welcher, wenn er von Anfang an vorhanden gewesen wäre, das Legat vernichtet haben würde[30]).

---

20) L. un. §. 1 u. 4. C. 6. 51.

21) L. un. §. 2 u. 3. C. 6. 51. Eine Aufzählung der einzelnen hierher gehörigen Fälle findet sich bei Schneider a. a. O. S. 203—206.

22) L. 4. D. de his, quae pro non scripto. (34. 8.) L. un. §. 2. C. 6. 51.

23) L. 3. pr. u. §. 1. D. 34. 8. L. 25. §. 3. D. de acquirenda vel omittenda hered. (29. 2.) L. 17. pr. D. de poenis. (48. 19.) Ausgenommen ist beim poenae servus das Vermächtniß des Unterhaltes.

24) L. 4. §. 1. D. 34. 8. L. 101. §. 1. D. de legatis I. (30.)

25) L. 5. pr. D. 34. 8. L. 15. §. 1. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.) Pauli sent. rec. III. 6. §. 14.

26) L. 1. D. 34. 8. L. 70. D. de heredibus instituendis. (28. 5.)

27) L. 2. D. 34. 8.

28) L. 3. §. 2. D. 34. 8.

29) L. 54. pr. D. de legatis I. (30.)

30) L. 3. §. 2. D. 34. 8.

Was die Schicksale des Caducum anbelangt, so sind dieselben genau durch die lex Papia Poppaea bestimmt worden[31]). Es ist nämlich ein Vorrecht gewisser, in demselben Testamente bedachter Personen, daß sie das Eigenthum des Caducum beanspruchen können[32]). Zunächst fällt es nach der Vorschrift des Gesetzes an die Adscendenten und Descendenten des Erblassers bis zum dritten Grade, unter der Voraussetzung, daß sie im Testamente zu Erben eingesetzt sind[33]). In den römischen Rechtsquellen wird dieses Privilegium mit dem Namen ius antiquum bezeichnet. Gewöhnlich erblickt man in diesem ius antiquum ein wirkliches ius accrescendi, was indeß theils unerweislich ist, theils nur für die Fälle höchstens angenommen werden könnte, in welchen den genannten Personen eine leergewordene Erbportion anfällt. Seitdem das pegasianische SC. auch Fideicommisse, welche einem incapax hinterlassen worden sind, für caduc erklärt hat, hat indeß der unmittelbar mit dem Fideicommiß belastet Gewesene vor den genannten Erben den Vorzug[34]). Abgesehen von dem ius antiquum der nächsten Verwandten, welches immer als Ausnahme von der Regel erscheint, so werden die Caduca zunächst zur Belohnung derjenigen im Testamente bedachten Erben und Legatare, welche Kinder haben, sodann zur Bereicherung des Staatsschatzes verwendet[35]). Das Recht derer, welche Kinder haben, wird von Tacitus privilegium parentum genannt, und die Berechtigten heißen in der Kunstsprache der römischen Juristen patres. Jedenfalls stand dieses Vorrecht nur den Männern zu[36]). Unter ihnen gingen die Erben, welche Kinder haben, den Legataren, welche Kinder haben, vor[37]), außer wenn mit dem wegfallenden Legatar ein anderer Legatar verbunden war. In diesem Falle soll nämlich der collegatarius coniunctus, wenn er pater ist, vor allen übrigen, selbst vor den heredes patres, den Vorzug haben[38]). Die Art und Weise, wie die bevorzugten Personen die Caduca erwerben, beruht auf folgenden Grund-

---

31) L. un. pr. C. de caducis tollendis. (6. 51.)

32) L. 53. §. 1. D. de adquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.) Caius inst. II. 206. 207. 286. Ulp. fr. 1. 21. Vergl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 409.

33) Ulp. fr. 18. L. un. pr. C. 6. 51. Vergl. auch Ulp. fr. 1. 21. Heineccius l. c. lib. III. c. 3. p. 384. bezieht ganz grundlos die Restriction des dritten Grades nur auf die Adscendenten. Siehe dagegen Schneider a. a. O. S. 219.

34) L. 60. §. 1. D. de leg. I. (31.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 402.

35) Tacit. Annal. III. 28. Iuvenal. Sat. IX. 85—92. Caius inst. II. 207. 286. Fragm. de iure fisci §. 3. L. un. §. 14. C. 6. 51. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 405.

36) Fr. Vat. §. 195. L. 13. D. de suis et legitimis heredibus. (38. 16.) Vgl. L. 148. u. 149. D. de verb. sign. (50. 16.) Daher ist auch nur vom Vorrechte der patres, nicht von dem der matres überall die Rede.

37) Caius inst. II. 207. Ulp. fr. 1. 21. Die zuletzt genannte Stelle scheint, wenn sie richtig erklärt wird, den Beweis zu liefern, daß Erben, welche das ius antiquum haben, und Erben, welche Kinder haben, auf eine Linie gestellt wurden. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 413, 414.

38) Caius inst. II. 207. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 414 flg.

sätzen. Sie erwerben das Caducum ipso iure und es bedarf dazu nicht einmal einer besonderen Erklärung von ihrer Seite[39]). Daß sie, wenn das Caducum eine Erbschaftsquote ist, quiritarisches Eigenthum und directae actiones, wenn es ein Vindicationslegat war, ebenfalls quiritarisches Eigenthum, und im Damnationslegat eine condictio ex lege erwerben, scheint schon daraus hervorzugehen, daß sie als iusti successores anerkannt werden[40]). Daher der Erwerb der Caduca unter die Fälle des gesetzlichen Erwerbes gezählt[41]) und die caducorum vindicatio als Mittel genannt wird, um diesen Erwerb geltend zu machen[42]). Aus dem Gesagten ist so viel klar, daß das Recht der patres auf die Caduca für ein selbstständiges Recht[43]), und nicht für ein modificirtes Accrescenzrecht angesehen werden muß. Manche neuere Juristen haben behauptet, daß zur Geltendmachung dieses Anspruches den patres eine Präclusivfrist von 100 Tagen eingeräumt worden sei; allein dieß beruht auf einem Mißverständnisse, da diese hunderttägige Frist, welche von den Cretionen entlehnt ist, vielmehr darauf sich bezieht, daß der Incapax, in dessen Person das Caducum entsteht, noch binnen der angegebenen Zeit die Capacität erwerben und mithin die Caducität abwenden kann[44]). — Nach den patres war der populus, d. h. die Volkscasse zur Vindication der Caduca berechtigt[45]). Das papische Gesetz ging dabei von der Ansicht aus, daß dem Volke als solchem das Vorrecht der patres zukomme, da es gewissermaßen parens omnium sei[46]). So blieb es bis zu den Zeiten des Caracalla, welcher das Recht, die Caduca zu vindiciren, der Volkscasse nahm und auf die kaiserliche Casse (fiscus) übertrug[47]), und dieß war auch noch zu Justinians Zeiten Rechtens[48]). Auch für die Volkscasse trat, ganz wie bei den patres, die caducorum vindicatio ein[49]). Damit hängt das Institut der Nunciationen zusammen, welches durch die lex Papia Poppaea in's Leben getreten ist[50]). Wer das Caducum nuncirte, mußte zugleich den Prozeß gegen die Be-

---

39) Caius lib. 14. ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam in L. 53. §. 1. D. de adquirenda vel omittenda hereditate. (29. 2.)

40) L. 5. D. de vulgari et pupillari substitutione. (28. 6.) Ulp. fr. 1. 21.

41) Ulp. fr. 19. 17.

42) Caius inst. II. 207. 285. Fragm. de iure fisci §. 3. L. 5. D. 28. 5. Ulp. fr. 25. 17. Fr. Vat. §. 195.

43) Vergl. Rudorff a. a. O. und von Vangerow von den Latini Iuniani S. 117.

44) Ulp. fr. 17. 1., 22. 3. Fragm. de iure fisci §. 3.

45) Tac. Annal. III. 28. Caius inst. II. 286.

46) Tac. Annal. III. 28.

47) Ulp. fr. 17. 2. Fragm. de iure fisci §. 3. Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 423 und Schneider a. a. O. S. 187—189.

48) L. un. §. 14. C. 6. 51.

49) L. un. §. 14. C. 6. 51. L. 60. §. 1. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.) L. 14. D. de iure fisci. (49. 14.)

50) Tac. Annal. III. 28. Vgl. Heineccius l. c. lib. III. cap. 10. §. 1. p. 444.

sitzer jener Erbgüter führen und das Recht der Staatscasse im förmlichen Prozeßgange darlegen und erweisen, und die von ihm begangenen prozessualischen Fehler hatten dieselben Folgen, wie im gewöhnlichen Prozesse [51]). Gewann er den Prozeß, so erhielt er nach der lex Papia gewisse Belohnungen [52]), welche der Kaiser Nero auf das Viertheil der nuncirten Portion herabsetzte [53]). Verlor er hingegen den Prozeß, so verblieb das vindicirte Gut nicht allein dem Besitzer, sondern den Delator trafen auch bestimmte Strafen; nämlich die Bezahlung von soviel an die Staatscasse, als er erhalten haben würde, wenn er den Prozeß gewonnen hätte [54]), und die Infamie [55]). Nur wenn der Delator einen gerechten Grund seines Irrthumes nachwies, wurde er mit den Strafen nach der Verfügung eines SC. verschont [56]). Dagegen wurde die oben erwähnte Geldstrafe auch auf denjenigen nach demselben SC. ausgedehnt, welcher den Delator zur Delation veranlaßt hatte [57]). Auch war es einem Jeden, in dessen Person das Caducum entstand, nach einem Edicte Traians erlaubt, sich selbst beim aerarium anzugeben, wenn er das Caducum selbst besaß, und einen Theil davon als Eigenthum zu behalten [58]). Späterhin wurde dieser Theil von demselben Kaiser auf die Hälfte des Ganzen bestimmt und zugleich festgesetzt, daß auch die Nichtbesitzer des Caducum sich selbst anzeigen könnten, wenn sie nur überhaupt bewiesen, daß ein Caducum vorliege [59]). Auch unter Hadrian ist in ähnlicher Beziehung ein Senatsbeschluß gefaßt worden, welcher diese Grundsätze bestätigte [60]). Die Erben des Honorirten wurden in Bezug auf die Selbstanzeige den gewöhnlichen Nuncianten gleichgestellt [61]), doch erhalten sie die volle Hälfte, falls der Honorirte nach der Selbstanzeige verstorben ist [62]). Waltet ein Irrthum in der Selbstanzeige vor, indem der sich selbst Anzeigende das ihm Hinterlassene wirklich anzunehmen befugt ist, so schadet dieß den Rechten des Nuncianten nichts [63]). Auch wird durch die Selbstanzeige das Recht der patres keineswegs gemindert [64]). Wie lange das Institut der Nunciation bestanden habe, ist ungewiß. In den Justinianischen Pandecten

---

51) L. 2. D. 49. 14. L. 15. §. 4. D. ibid. Vgl. Schneider a. a. O. S. 164. Die Behörde, bei welcher der Prozeß abgesetzt wurde, war in Rom zur Zeit der classischen Juristen der praefectus aerarii L. 15. §. 4 u. 6. D. de iure fisci. (49. 14.)

52) Tac. Annal. III. 28.

53) Suet. Nero c. 10.

54) L. 15. §. 4. D. 49. 14.

55) L. 2. pr. D. 49. 14.

56) L. 15. pr. D. 49. 14.

57) L. 15. §. 1. D. 49. 14. L. 2. §. 5. D. ibid.

58) L. 13. pr. D. 49. 14.

59) L. 13. §. 1. D. 49. 14.

60) L. 15. §. 3. D. 49. 14.

61) L. 13. §. 5. D. 49. 14.

62) L. 13. §. 4. D. 49. 14.

63) L. 13. §. 10. D. 49. 14.

64) Fragm. de iure fisci §. 3.

wird es noch als bestehend genannt, wenn gleich Paulus [65]) versichert, daß schon zu seinen Zeiten Delationen dieser Art verboten waren.

Es ist eine Eigenthümlichkeit der Caduca, daß die auf ihnen ruhenden Beschwerungen, z. B. Legate, Fideicommisse u. s. w. auf den Vindicanten des Caducum übergehen, was man in den früheren Zeiten durch die Regel: caduca cum onere fiunt ausgedrückt haben mag [66]). Auch im Fall die Volkscasse das Caducum erhielt, gingen die Lasten desselben mit über [67]). Im älteren Rechte hatte diese Regel jedenfalls noch einen größeren Umfang, da sie auch auf die bona vacantia [68]) und auf die ereptoria [69]) angewendet worden ist. In der Lehre von der Caduca erleidet sie indeß eine Ausnahme, wenn diese in Folge des ius antiquum von den zu Erben eingesetzten Kindern und Eltern des Erblassers beansprucht werden [70]). Denn in diesem Falle fielen die auf das Caducum gelegten Beschwerungen hinweg und der Berufene erhielt die vacante Portion, ohne zugleich die Verpflichtung zur Erfüllung der Beschwerungen zu übernehmen.

Aus der Geschichte des römischen Staates ist es bekannt, daß die lex Papia den Zweck hatte, durch die Einführung der caduca das durch die bürgerlichen Kriege erschöpfte Aerar wieder zu Kräften zu bringen [71]). Namentlich waren die Verordnungen des Gesetzes über die Caduca wenig bei den Römern der älteren und späteren Zeit beliebt [72]), und selbst ausgezeichnete Juristen der classischen Zeit fanden Mittel und Wege, um die Caducität abzuwenden, wozu namentlich testamentarische Substitutionen zu rechnen sind [73]). Gleichwohl gehen die Erklärer des Gesetzes in ihren Schriften von der Ansicht aus, daß das Gesetz dem Staate nützlich sei und mithin durch extensive Erklärung unterstützt werden müsse [74]).

Was das in causa caduci anbetrifft, so wurde es wohl

---

65) Pauli sent. recept. V. 13. §. 1 u. 2.

66) Ulp. fr. 17. 3

67) L. 60. §. 1. D. 35. 1. L. 14. D. 49. 14. L. 12. §. 2. D. de fideicommissariis libertatibus. (40. 5.)

68) L. 96. §. 1. D. de legatis I. (30.) L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) Vgl. von Schröter a. a. O. Th. 10. S. 92.

69) L. 60. §. 1. D. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 9. D. de SC. Silaniano. (29. 5.) L. 2. §. 2. D. si quis aliquem testari. (29. 6.) L. 16. §. 2. D. de his, quae ut indignis. (34. 9.) L. 3. §. 5. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 17. §. 5. D. ibid. L. 3. §. 4. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 14. D. ibid.

70) L. 29. §. 2. D. de legatis II. (31.) Dadurch wird die Aenderung in Ulpian's Fragmenten 17. 2., nach welcher die Worte sed servato iure antiquo liberis et parentibus vom §. 2 zum folgenden §. 3 gezogen werden, unterstützt. Vgl. Schneider a. a. O. S. 193 flg. Diese Interpunction findet sich indeß schon in den Ausgaben der Ulpianschen Fragmente vor.

71) Tac. Annal. III. 25. L. un. pr. C. de caducis tollendis. (6. 51.)

72) Tac. Annal. III. 19. L. un. pr. C. de caducis tollendis. (6. 51.)

73) L. un. pr. C. 6. 51.

74) L. 64. §. 1. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.)

nach denselben Regeln beurtheilt, wie die Caduca. Wahrscheinlich erstreckte sich auch auf dieses die Regel: caduca cum onere [75]). Ganz verschieden sind die Regeln, nach welchen die Vergabungen, welche pro non scriptis gehalten werden, zu beurtheilen sind. Hier ist es ein allgemeiner Grundsatz, daß dieselben dem, welcher damit belastet ist, verbleiben [76]), wofern nicht ein coniunctus oder substitutus vorhanden ist. Denn in diesem Falle fällt das Vermächtniß, gleichwie in den Caduca [77]) und in causa caduci [78]), dem coniunctus oder substitutus zu. Dagegen fallen alle Beschwerungen des leergewordenen Theiles im vorliegenden Falle weg [79]). Ausnahmsweise ist derjenige, welcher das vom Schreiber des Testamentes sich eigenhändig ausgesetzte Legat erhält, zur Restitution desselben verpflichtet, falls der Legatar um die Ausantwortung desselben an einen Dritten gebeten worden ist [80]).

Dieß waren die Grundsätze, die von den Caduca, in causa caduci und ea, quae pro non scriptis habentur, zur Zeit der classischen Juristen galten; auch blieben die Grundzüge dieser Lehre in der Folge dieselben, wenn schon Einzelnes durch kaiserliche Constitutionen modificirt worden ist. Zuerst wurden durch eine Constitution der Kaiser Constantinus, Constans und Constantius dem Unverheuratheten und dem Kinderlosen die von der lex Iulia und Papia Poppaea angedrohten Strafen erlassen [81]). Nachher wurde durch eine Constitution der Kaiser Honorius und Theodosius die solidi capacitas unter den Ehegatten hergestellt und die Lehre von den decimae gänzlich aufgehoben [82]). Endlich verliehen dieselben Kaiser allen Unterthanen insgesammt das ius liberorum [83]), so daß von jetzt an auch die Unverheuratheten und Kinderlosen, falls sie im Testamente bedacht waren, zur Vindication der Caduca zugelassen wurden. Noch weiter ging Kaiser Justinian, welcher in einer weitläufigen Constitution die Caduca ganz aufhob und das ius antiquum allen Unterthanen ohne Unterschied ertheilte [84]). Daher in den Justinianischen Pandecten fast jede Spur von den Caduca sorgfältig von den Compilatoren vertilgt und oft durch handgreifliche Interpolationen ersetzt worden ist [85]). Nichtsdestoweniger ist die Kenntniß der Lehre von den Caduca für Civilisten unentbehrlich, da eine große Menge von Pandectenfragmenten aus den Commentaren der römischen

---

75) Arg. const. 1. §. 4. C. 6. 51.
76) Const. 1. §. 3. C. 6. 51. Plinius epist. II. 16. L. 1. D. 34. 6. L. 5. D. ibid. Vgl. Heineccius l. c. III. 5. p. 394.
77) L. un. pr. C. 6. 51.
78) L. un. §. 4. C. 6. 51.
79) L. un. §. 3. C. 6. 51.
80) L. 5. D. 34. 6.
81) L. 1. C. de infirmandis poenis coelibatus. (8. 58.)
82) L. 2. C. 8. 58.
83) L. 1. C. de iure liberorum. (8. 59.)
84) L. un. pr. C. 6. 51.
85) L. 5. D. de vulgari et pupillari substitutione. (28. 6.) L. 29. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 21. §. 2. D. ibid. L. 55. §. 1. D. de legatis II. (31.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 6. S. 406—410.

Juristen über die lex Iulia und Papia Popaea genommen sind, und kein Gesetz so entscheidend auf das römische Erbrecht eingewirkt hat, als das genannte. Heimbach.

Calender[1]) heißt das Verzeichniß sämmtlicher Tage des Jahres. Der Name ist unrömisch; denn Calendarium bezeichnet in der Kunstsprache der Römer das Schuldbuch, in welches sämmtliche Schuldner einer Privatperson[2]) oder einer Stadt[3]) sammt dem Betrage der Zinsen eingetragen wurden. In der Kunstsprache der Römer heißt das gedachte Tageverzeichniß vielmehr fasti [4]), eine Bezeichnung, welche mit der uralten Gewohnheit zusammenhängt, die Gerichtstage mit dem Namen dies fasti zu bezeichnen. — In der Darstellung des römischen Calenders sind folgende einzelne Puncte genau von einander zu trennen: die Berechnung der Tage, der Wochen, der Monate, des Jahres und der Indiction.

Was zuerst die Berechnung des Tages anbetrifft, so unterscheiden die Römer einen natürlichen Tag (naturalis dies) und einen

---

1) Die Hauptquellen für die Geschichte des römischen Calenders sind folgende: Plutarchi Numa c. 18. 19., Quaest. Rom. 19., Censorinus de die natali, Macrobius saturn. I. cap. 12—15., Ovidii libri fastorum, Servius ad Virgilii Georgica I. 43., Laurentius Lydus de mensibus ed. Roether. Unter den neueren Schriften über diesen Gegenstand sind außer den Werken allgemeineren Inhaltes, als Josephi Scaligeri de emendatione temporum libri VIII. und Dionysii Petavii opus de doctrina temporum namentlich noch zu erwähnen: Sibrandi Siccamae commentarius in fastos calendares Romanorum in Graevi thesaurus antiquitatum Romanorum tom. VIII. p. 33—89. Hadriani Iunii de annis et mensibus l. c. p. 199—229. Erycii Puteani de bissexto liber l. c. p. 419—466., eiusdem de Nundinis Romanis liber, nova fastorum velut facala l. c. p. 641—697. und vorzüglich Ludwig Ideler, Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie, Berlin 1826. Bd. 2. S. 1—174. Ph. E. Huschke, die Verfassung des Königs Servius Tullius als Grundlage zu einer römischen Verfassungsgeschichte, Heidelberg 1838. S. 304—340. — Ueber den Gregorianischen Calender sind die Hauptschriften: Romani Calendarii Gregorio XIII. P. M. restituti explicatio Clementis VIII. iussu edita, auctore Christophoro Clavio Bambergensi societatis Jesu, Romae 1603. fol. Petri Horrebowii actorum circa reformationem Calendarii narratio historica ex documentis authenticis opp. tom. II. und Ideler a. a. O. Bd. 2. S. 303—329.

2) L. 34. §. 1. D. de legatis III. (32.) L. 41. pr. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 23. pr. D. de peculio legato. (33. 8.) Vgl. Dirksen Manuale latinitatis fontium p. 107.

3) L. 18. §. 2. D. de muneribus. (50. 4.) Fr. Vat. §. 128. Vgl. Jacobus Gothofredus ad Theodosiani Codicis de curatoribus calendarii (12. 11.) ed. Ritt. tom. IV. p. 609—611. Der Magistrat, welcher diese Rechnungen besorgt und über die Capitalien verfügt, heißt curator calendarii. Er wurde in den Kaiserzeiten gewöhnlich vom Kaiser ernannt. Vergl. Gruteri corpus inscriptionum p. CCCCXLIV. Nr. 5.

4) Vgl. Hüllmann, ius pontificium der Römer S. 138. Zu den Zeiten Augusts nannte man auch die Calender fremder Nationen fasti. So spricht Ovid fast. III. 87. von peregrini fasti, und an einer anderen Stelle (VI. 59.) spricht er von den fasti der Ariciner, Lanuviner u. s. w.

bürgerlichen (civilis dies)[5]. Mit jenem Namen bezeichnet man den Zeitraum vom Aufgang der Sonne bis zu deren Untergang. In diesem Sinne wird dies genommen, wenn er der Nacht entgegengesetzt wird; auch liegt diese Bedeutung des Wortes zu Grunde, wenn man von der Eintheilung des Tages in Stunden spricht. Mit dem Namen civilis dies hingegen bezeichnet man den Zeitraum von vierundzwanzig zusammenhängenden Stunden mit Einschluß der Nacht. Im Begriffe des civilis dies liegt es keineswegs, daß derselbe nach Einem Principe von allen Völkern des Alterthums behandelt worden. Vielmehr berechneten ihn die Babylonier von Sonnenaufgang bis zu Sonnenaufgang, die Athenienser vom Untergang der Sonne bis zum Untergang u. s. w. Die Römer, deren Zeitrechnung uns hier natürlich vorzüglich angeht, fingen ihn von Mitternacht an und rechneten ihn bis zu Mitternacht[6]; deshalb wird die sechste Stunde der Nacht als Anfang des nächsten Tages bezeichnet[7]. Im Laufe des Tages unterschieden schon die zwölf Tafeln zwischen Vormittag (ante meridiem) Nachmittag (post meridiem) und Abend (sol occasus)[8]. Die Stundeneintheilung ist erst später in Rom eingeführt worden, fast nach 300 Jahren von Erbauung der Stadt an gerechnet[9]. Nach dieser jedenfalls von Griechenland[10] nach Rom herübergekommenen Tageseintheilung zerfällt der Tag in zwölf Stunden (horae)[11]. Die erste Stunde zählte man vom Sonnenaufgang, sodann folgte die zweite u. s. w.[12], und daß gerade diese Stundenzählung noch zur Zeit der classischen Juristen gewöhnlich war, folgt theils aus dem bereits angeführten Zeugnisse des Censorinus, theils aus mehreren Pandectenstellen[13]. Man darf indeß dabei nicht vergessen, daß nur der natürliche Tag die Grundlage dieser Eintheilung ist, und daß mithin die erste Stunde mit Sonnenaufgang und die zwölfte mit Sonnenuntergang identisch war, woraus sich zugleich ergibt, daß im Sommer die Tagesstunden viel länger sein mußten als im Winter. Zur richtigen Angabe dieser Stunden bedienten sich die Römer der Sonnenuhren[14], und es bleibt kein Zwei-

---

5) Censorinus de die natali 23.

6) Vgl. Plinii hist. nat. II. 79. Gell. noctes Att. III. 2. Censorinus l. c. Macrobius saturnalium I. 3. Von den römischen Rechtsgelehrten gehört hierher Paulus in L. 8. D. de feriis. (2. 12.) Vgl. Reinfelder der annus civilis S. 21 flg.

7) Gellius noctes Att. III. 2. Macrob. saturn. I. 3. Vgl. Reinfelder der annus civilis S. 91 flg.

8) Gell. noctes Att. XVII. 2. Festus de V. S. sub voce supremum, Varro de lingua Lat. VI. 5. VII. 51. Censorinus l. c. cap. ult. Plinii hist. nat. VII. 60. Macrob. saturn. I. 3.

9) Censorinus l. c. 23. Plin. hist. nat. 7. 60.

10) Plin. hist. nat. VII. 60.

11) Censorinus l. c. 23.

12) Horat. epist. I. 17. 6. Virgil. Georg. III. 327. Pers. sat. III. 3. Martial. epigr. IV. 8.

15) Pomponius in L. 2. D. de annuis legatis. (33. 1.) Non a mane, sed a sexta diei hora. Ulpianus in L. 7. D. de usurpationibus. (41. 3.)

14) Plin. hist. nat. VII. 60. Censorinus l. c.

fel, daß diese jede Stunde regelmäßig anzeigten[15]). Auch in den Gerichten fand die Stundeneintheilung Eingang und noch spät ließ der Prätor die dritte und neunte Stunde, sowie früher den Mittag, durch den accensus öffentlich abkündigen[16]). Aber auch die Nacht wurde nach der Lehre der Alten[17]) in zwölf gleiche Stunden getheilt, deren erste mit dem Sonnenuntergang anfing und deren letzte mit Sonnenaufgang aufhörte. Auch diese Eintheilung wird noch zu den Zeiten der classischen Juristen[18]) als die im bürgerlichen Leben gewöhnliche bezeichnet, während man im Felde vielmehr die Nacht in vier Nachtwachen (vigiliae) theilte, um die Zeit zu bestimmen, wie lange Jeder Wache zu stehen habe[19]). Die heutzutage in Teutschland gewöhnliche Stundeneintheilung weicht theils darin von der römischen ab, daß der Tag nach derselben in zwei gleiche Hälften, deren jede in zwölf Stunden getheilt wird, zerfällt, und von denen die eine von Mitternacht bis Mittag und die andere von Mittag bis Mitternacht gerechnet wird, theils darin, daß die einzelnen Stunden ein gleiches Zeitmaß enthalten und mithin eine jede von ihnen so lang ist, als die andere. Das Letzte scheint zuerst seit der Erfindung der Gewichtuhren aufgekommen zu sein[20]). — Unter den einzelnen Tagen unterscheiden die Römer zwischen fasti dies, nefasti und intercisi[21]). Fasti dies heißen solche Tage, an welchen der Prätor, ohne einem Sühnopfer zu verfallen, die drei Worte, welche seine Jurisdiction umfassen: do, dico, addico aussprechen darf. Daher ist der Ausdruck fasti dies gebraucht worden, um die Tage zu bezeichnen, an welchen eine legis actio vorgenommen werden konnte. Man kann solche Tage, da in den älteren Zeiten alle Prozesse in der Form der legis actiones abgesetzt wurden[22]), Gerichtstage nennen. Der Name stammt von fari, womit man die Berechtigung des Prätors, die genannten Worte auszusprechen, bezeichnete. Nefasti dies heißen solche Tage, an welchen der Prätor die gedachten Worte nicht aussprechen kann, ohne sich zu einem Sühnopfer zu verpflichten. Manche, wie Mucius Scävola, ließen das Sühn-

---

15) Vitruv. de architectura IX. 8.

16) Varro de L. L. V. p. 44. Plinii hist. nat. VII. 60. Vornehme Römer hielten auch noch in späteren Zeiten eigne Sclaven, welche den Ablauf der Stunde ihnen ansagen mußten. Diese Beschäftigung nannte man nuntiare horas. Iuvenal. sat. X. 215. Martial. epigr. VIII. 67.

17) Censorinus l. c. 23. Gellius noct. Att. III. 2. Ulpianus in L. 7. D. 41. 3. Deshalb wird stets bei der Bezeichnung der Stunde hora diei und noctis getrennt.

18) Ulpianus in L. 7. D. 41. 3. u. in L. 5. D. qui testamenta facere possunt. (28. 1.)

19) Vegetius de re militari III. 8.

20) Vgl. Beckmann, Geschichte der Erfindungen Th. 1. S. 366.

21) Ovid. fast. I. 48. Varro de L. L. ed. Spengel lib. VI. p. 210, 211, 229. Macrob. saturn. 1. 16. Vergl. Hüllmann, ius pontificium der Römer S. 136.

22) Caius inst. IV. §. 11. Pomponius in L. 2. §. 6. D. de origine iuris. (1. 2.)

opfer nur dann zu, wenn der Prätor bei dem Aussprechen jener Worte nicht davon unterrichtet war, daß er dieß an diesem Tage nicht thun konnte; im gegentheiligen Falle behaupteten sie die Unstatthaftigkeit der Expiation. An solchen Tagen konnten mithin keine legis actiones vorgenommen werden, mit Ausnahme der legis actio per pignoris capionem [23]); sonst war das Klagerecht consumirt. Der Name nefasti dies kommt von nec und fari her. Intercisi dies heißen solche Tage, an deren Morgen und Abend keine legis actio vorgenommen werden darf, wenn schon im Laufe des Tages dieß nicht der Fall ist. Daher werden sie zum Theil wie nefasti dies, zum Theil wie fasti behandelt [24]). Das Verzeichniß der fasti und nefasti dies stand in den ältesten Zeiten unter der Aufsicht der pontifices und wurde von denselben geheim gehalten und als Mittel benutzt, um die Plebejer an die Patricier zu ketten [25]), bis um das Jahr 449 der Stadt ein Schreiber des Appius Claudius, mit Namen Cn. Flavius, das Verzeichniß dem Volke öffentlich bekannt machte und sich dadurch ein Recht auf die Dankbarkeit desselben erwarb [26]). Seit dieser Zeit wurde die Kenntniß der Fasten ein Gemeingut aller römischen Bürger. In den römischen Fasten, welche sich bis jetzt erhalten haben, ist die erwähnte Eintheilung der Tage allgemein berücksichtigt worden. Die fasti dies werden in denselben durch F., die nefasti durch N., die intercisi durch EN. bezeichnet [27]).

Was die Berechnung und Eintheilung der Woche anbetrifft, so muß man zwischen der achttägigen und siebentägigen unterscheiden. Die achttägige Woche heißt in der Kunstsprache nundinae [28]) und bildet einen zusammenhängenden Zeitraum von acht Tagen, von welchen der letzte ein Markttag ist [29]). Der Name nundinae kommt von novem und dies her und erklärt sich aus der alten Zählungsweise der Römer, nach welcher bei der Berechnung der Zeitfristen der Anfangspunct eingerechnet wird [30]). Die nundinae waren in früherer Zeit mit den Nonen identisch, wenn gleich späterhin die Nonen von den nundinae getrennt wurden [31]), und sind jedenfalls

---

23) Varro l. c. p. 210. Caius inst. IV. §. 29.

24) Varro l. c. p. 211. Ovid. fast. I. 50. Macrob. saturn. I. 16.

25) Liv. hist. IV. 1. Plin. hist. nat. XXXIII. 1. Cic. pro Muraena 11.

26) Plin. hist. nat. XXXIII. 1. Cic. pro Muraena 11., ad Atticum VI. 1. Liv. hist. IX. 46. Vgl. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes Th. 1. S. 418.

27) Vgl. Fastorum anni Romani a Verrio Flacco ordinatorum reliquiae — cura et studio Fogginii Romae 1779. fol. Ideler a. a. O. Bd. II. S. 138.

28) Vergl. Erycii Puteani de nundinis Romanis liber.

29) Dionys. Halic. archaeolog. II. 28. VII. 58. Varro de re rust. II. praef. Colum. I. praef.

30) Dieß übersah Rutilius bei Macrob. saturn. I. 16., welcher aus den Nundinen eine neuntägige Woche macht.

31) Macrob. saturn. I. 13.

etruskischen Ursprungs, da auch schon bei diesem Volke die Landleute an den Nonen in die Stadt kamen, um den König zu begrüßen und über die eignen Angelegenheiten zu sprechen. Daher erblicken die alten Schriftsteller auch in den römischen Nundinen einen Zeitraum, von welchem den Landbewohnern sieben Tage zum Feldbau und ein Tag zum Besuchen der Stadt für Handelszwecke und wegen Schlichtung der Prozesse vergönnt wird [32]). Volksversammlungen durften indeß an solchen Tagen nicht gehalten werden, wahrscheinlich deshalb, damit die Landleute nicht von ihren Geschäften in der Stadt abgehalten würden [33]). Wer die Nundinen eingerichtet habe, ist selbst unter den Alten streitig. Manche schreiben ihre Einführung dem Romulus [34]) zu, Andere dem Servius Tullius [35]), und die zuletzt genannte Meinung ist die des Varro. Aus religiösen Gründen hat man es zu vermeiden gesucht, daß die Nundinen auf den ersten Januar fielen [35]). Daß die Beobachtung der Nundinen auch noch in der Zeit der freien Republik und unter den römischen Kaisern fortgedauert habe, ergibt sich theils aus einer Reihe von Zeugnissen der classischen Schriftsteller, theils aus den alten Calenderfragmenten, welche die in den Lauf des Monats fallenden Nundinen angeben [36]). Auch in dem römischen Civilrechte sind die Nundinen nicht unberücksichtigt geblieben; namentlich kommt ein Zeitraum von drei zusammenhängenden Nundinen, trinundinum genannt, in mannigfacher Beziehung daselbst vor, z. B. bei der Promulgation von Gesetzvorschlägen an das Volk, bei der Ansagung der Comitien zum Behuf der Magistratswahlen, bei der Zusammenberufung der Volksgerichte [37]), bei Execution gegen den insolventen Schuldner nach dem Gesetze der zwölf Tafeln [38]). In den Justinianischen Rechtsbüchern kommt das Wort nundinae in ganz verschiedener Bedeutung vor. a) Nundinae heißen da die Jahrmärkte [39]); damit hängt auch die andere Bedeutung zusammen: das Recht Jahrmärkte zu halten [40]); b) von so-

---

32) Varro de re rust. II. praef. Dion. archaeol. VII. 58. Columella I. praef. XI. 1. Plin. hist. nat. XVIII. 3. Macrob. saturn. I. 16. Die Entscheidung der Prozesse kam erst seit der Zeit hinzu, als die Nundinen durch die lex Hortensia zu fasti dies geworden waren. Siehe Macrobius l. c. Vgl. Puteanus l. c. cap. 8. p. 655.

33) Macrob. saturn. I. 16.

34) Macrob. saturn. I. 13. u. 16. Vergl. Huschke über die Stelle des Varro von den Liciniern S. 62.

35) Macrob. saturn. I. 13. Vgl. Puteanus l. c. cap. 14. p. 662.

36) Vergl. Puteanus l. c. cap. 26. p. 686. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 138.

37) Macrob. sat. I. 16. Quinctil. inst. or. II. 4. Vgl. Puteanus l. c. p. 660.

38) Gellius noct. Att. 20. 1.

39) L. 3. D. de feriis et dilationibus. (2. 12.) L. un. C. de nundinis. (4. 60.)

40) L. 1. D. de nundinis. (50. 11.) Plin. epist. 5. 4.

lennen Essen, welche zur Zeit der Nundinen gegeben werden[41]). — Die siebentägige Woche ist den Römern erst spät bekannt geworden. Im Allgemeinen läßt es sich nicht bezweifeln, daß die Feier des siebenten Tages, welcher die Woche characterisirt, schon den Juden bekannt gewesen sei und mit ihrer Sabbatsfeier zusammenhängt. Schon Josephus[42]) bezeugt, daß es zu seiner Zeit keine griechische und nicht griechische Stadt gegeben habe, in welcher sich nicht der Gebrauch der jüdischen Feier des siebenten Tages verbreitet hätte, und Tertullian sagt das Gleiche von seiner Zeit[43]). Den Einschnitt der Woche bildete in diesen Zeiten jedenfalls das Sabbatum, welches auf den Sonnabend (dies Saturni) fiel. Die Auszeichnung des Sonntags als Wocheneinschnittes hängt mit der Verbreitung der christlichen Religion zusammen und ist theils durch die Idee, daß dieß der erste Schöpfungstag sei, theils durch die Ansicht, daß Christus an diesem Tage auferstanden, veranlaßt worden[44]). Zuerst kommt er als Anfang der Woche in den Gesetzen der christlichen Kaiser vor[45]), welche auch zuerst das Wort septimana in der Bedeutung von Woche gebraucht haben. Nach Isidor[46]) war es zu dessen Zeiten allgemein anerkannt, daß hebdomada und septimana der Kunstausdruck für die christliche Woche sind. Die Namen der einzelnen Wochentage verdanken ihren Ursprung einem ganz heterogenen Elemente. Nach dem Zeugnisse des Dio Cassius[47]) war es nämlich bei den Aegyptern schon seit langer Zeit Sitte, die Tage nach den sieben Planeten zu benennen, und dieser Gebrauch hatte sich von Aegypten aus auf alle übrigen Völker verbreitet und war zu seiner Zeit auch bei den Römern einheimisch geworden. Schon Tibull nennt sabbatum und den Tag des Saturn als synonym[48]); Frontin, welcher unter Nero schrieb, spricht ebenfalls vom dies Saturni[49]), und Justinus Martyr nennt ihn um die Mitte des zweiten Jahrhunderts nach Chr. ἡ κρονικὴ[50]). Auch Tertullian unterscheidet den dies Saturni vom dies Solis[51]), und zu den Zeiten Isidors[52]) war es keinem Zweifel unterworfen, daß die einzelnen Wochentage dieselben Namen trugen, wie in der Folgezeit. Zuerst nennt er den dies Solis, der nach dem christlichen Principe dominicus dies

---

41) L. 69. D. pro socio. (17. 2.) Vergl. Puteanus l. c. cap. 28. p. 686.

42) Contra Apion. II. 39.

43) Apologetic. 16.

44) Iustinus Martyr. Apol. I. 67. Ambros. serm. LX.

45) L. 5. Th. C. 15. 5. Dominico, qui septimanae totius primus est dies. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 181.

46) Etymol. V. 32. Ueber die frühere Bedeutung von hebdomas und hebdomada siehe Ideler a. a. O. Th. 1. S. 89.

47) Hist. XXXVII. 18.

48) Eleg. 1. 3. 17.

49) Strateg. II. 1.

50) Apol. 1. 67.

51) Apol. 14.

52) Etymol. V. 30. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 177—181.

genannt worden sei, dann erwähnt er den dies Lunae, Martis, Mercurii, Iovis, Veneris, Saturni, welchen er auch mit dem Namen sabbatum bezeichnet. Seit dieser Zeit stand die bei uns noch jetzt gewöhnliche Eintheilung der Woche fest, wozu namentlich der Umstand beigetragen zu haben scheint, daß sie aus Isidor in die Schriften des Beda und anderer mittelalterlichen Chronologen unverändert übertragen worden ist.

Was die Geschichte der Monate bei den Römern anbetrifft, so hängt der Name mensis jedenfalls mit dem Griechischen μὴν zusammen, und das deutet offenbar darauf, daß die Monate anfangs nach dem Monde berechnet wurden. Die Monatsdauer war in den verschiedenen Perioden des römischen Staatslebens wohl verschieden. Nach dem Zeugnisse des Censorinus und Macrobius hatten nämlich alle Romulischen Monate, deren Anzahl von ihnen auf zehn im Jahre angegeben wird, entweder 30 oder 31 Tage[53]). Die erstgenannte Zahl bildete die Regel, die zuletzt genannte die Ausnahme, und trat nur bei vier Monaten ein, nämlich Martius, Maius, Quintilis und October. Dadurch kommt für das ganze Romulische Jahr eine Anzahl von 304 Tagen heraus, welche von der der späteren Zeit bedeutend abwich. Nach den Quellen, welchen Plutarch seine Beschreibung des von Numa eingeführten Calenderjahres entnahm, enthielt indeß bereits das Romulische Jahr zwölf Monate, von denen einige nur zwanzig, andere fünf und dreißig Tage zählten[54]). Für das nach der gewöhnlichen Tradition von Numa, nach Anderen von Tarquinius eingeführte zwölfmonatliche Jahr ist zweifelsohne die Zahl von 355 Tagen anzunehmen, und dadurch kamen zu der früheren Jahreslänge 51 Tage hinzu, und da diese noch nicht zwei ganze Monate ausfüllten, so wurde jedem der sechs dreißigtägigen Monate des Romulus ein Tag genommen. Dadurch entstand die Summe von 57 Tagen, aus denen zwei Monate, der Januar zu 29, der Februar zu 28 Tagen gebildet wurden[55]). Demnach enthielt das Jahr des Numa sieben Monate zu neun und zwanzig Tagen, vier zu dreißig und einen zu acht und zwanzig. Im Julianischen Calender, welcher auch den Fasten der Kaiserzeit zu Grunde liegt, erscheint die Jahreslänge in der Regel auf 365 Tage bestimmt und die Monatslänge beträgt im Ianuarius, Martius, Maius, Quinctilis, Sextilis, October und December ein und dreißig Tage; in den übrigen Monaten dreißig, mit Ausschluß des Februarius, welcher auch jetzt nur acht und zwanzig Tage umfaßt. In den römischen Rechtsquellen wird bis auf die spätesten Zeiten herab der Zeitraum eines Calendermonates zu dreißig Tagen angeschlagen. So bei den Pandektenjuri-

---

53) Censorinus de die natali cap. 20. Macrob. saturnal. I. 12. Die dreißigtägigen Monate heißen in der Kunstsprache volle Monate (pleni menses), die anderen hohle (cavi menses).

54) Plut. Numa c. 18.

55) Censorinus l. c. 20. Macrob. sat. 1. 13. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 34—36.

sten[56]), so in den Constitutionen Justinians[57]). — Was die Entstehung der einzelnen Monatsnamen anbetrifft, so wird der größte Theil derselben bereits in die Zeiten des Romulus verlegt[58]); der Ianuarius und Februarius traten erst seit den Zeiten des Numa hinzu, wenn schon Plutarch berichtet, daß beide Monate bereits im Romulischen Jahre vorhanden gewesen seien[59]). Daß diese Monatsnamen den alten Latinen ursprünglich angehören und älter sind, als Roms Erbauung, hatte schon Varro behauptet[60]). Einzelne Monate erhielten in der Folge andere Namen. Statt Quinctilis wurde seit Cäsar's Zeiten der Name Iulius gewöhnlich, der Sextilis hieß seit August Augustus[61]). Auch spätere Kaiser, wie Nero, Domitian und Commodus haben die Namen einzelner Monate verändert, allein diese Aenderungen hatten keinen Bestand und wurden entweder von den Neuerern selbst zurückgenommen oder kamen nach ihrem Tode wieder ab[62]). — Was die Eintheilung des Monates in kleinere Zeitabschnitte angeht, so muß es gleich hier erwähnt werden, daß es bei den Römern seit undenklichen Zeiten Gebrauch war, die Monatstage von den Mondphasen an rückwärts zu zählen[63]). Solcher Mondphasen, nach denen sich die weitere Berechnung der Tage im Monat richtet, nahmen die Römer drei an, die Calenden[64]), Nonen[65]) und die Idus[66]). Die Calenden entsprechen ursprünglich der ersten Erscheinung der Mondsichel in der Abenddämmerung, die Idus dem Vollmonde. Die Calenden sind stets mit dem Monatsanfang identisch; die Idus, welche ursprünglich dazu bestimmt waren, den Monat in zwei Hälften zu theilen, fielen in einigen Monaten auf den 15., in anderen auf den 13. Monatstag[67]). Jenes fand statt im Martius, Maius, Quinctilis und October, dieses in allen übrigen Monaten. Von den Idus rückwärts rechnete man stets den neunten Tag als Nonae[68]); daher fallen dieselben in den vier Monaten, wo die Idus den 15. Monatstag einnehmen, auf den siebenten; in den übrigen aber auf den fünften[69]). In den alten Zeiten, wo

---

56) Vgl. L. 28. D. de aedilicio edicto (21. 1.) und L. 31. §. 22. D. ibidem.

57) Const. 22. §. 1 u. 2. C. de iure deliberandi. (6. 30.) Nov. 115. cap. 2. Vgl. Rheinfelder, der annus civilis S. 116—145, u. Huschke, die Verfassung der Königs Servius Tullius, S 308.

58) Censorinus l. c. cap. 20. Macrob. sat. I. 13.

59) Plut. Numa. cap. 18.

60) Censorinus l. c. cap. 22.

61) Vgl. Censorinus l. c. 22. Macrob. l. c. I. 12.

62) Vgl. Interprr. ad Censor. l. c. cap. 22.

63) Macrob. sat. I. 16.

64) Von Calare.

65) Von nonus. Die Nonen sind stets der neunte Tag vor den Idus.

66) Das Wort Idus stammt aus den Etruskischen und hängt mit ituare theilen zusammen. Varro de lingua latina VI. 4.

67) Macrob. saturn. I. 12. u. 13.

68) Macrob. sat. I. 15.

69) Varro de lingua lat. VI. 4. Macrob. saturn. I. 15.

man den Monatsanfang nach dem Erscheinen des Neumondes regelte[70]), lag es dem einen der Pontifices ob, dieses Erscheinen zu beobachten und dem Rex Sacrificulus zu hinterbringen, beide verrichteten hierauf ein feierliches Opfer und beriefen die Plebs an den Calenden auf das Capitol, wo der Rex[71]) derselben verkündigte, wie viel Tage noch bis zu den Nonen wären. Fielen die Nonen auf den fünften des Monats, so wurde dieß durch ein fünfmal wiederholtes calo angezeigt; fielen sie auf den siebenten, so wurde dieß Wort siebenmal wiederholt. Daher der Name Calendae. Diese Sitte blieb bis in die Mitte des fünften Jahrhunderts, und hat auch insofern später noch nachgewirkt, als der Rex noch in späteren Zeiten an den Nonen eine Volksversammlung hielt, worin er anzeigte, welche Ferien in den Monat fielen und was zu opfern wäre. Auch ging die eben angezeigte Stellung der Iden und Nonen in den Julianischen Calender über und ist bis in die spätesten Zeiten beibehalten worden, sie liegt auch der späterhin üblichen Tageberechnung im Monate zu Grunde, welche dadurch verwirklicht wird, daß man die einzelnen Tage von den Calenden, Nonen und Iden an zurückrechnet, und a. d., d. h. ante diem, hinzusetzt. Diese Formel ist durch eine Art von Attraction aus dem ursprünglichen tertio ante Idus[72]) u. s. w. entstanden, und wird von Einigen durch die volle Redensart ante diem confectum erklärt, während Scaliger annimmt, sie rühre daher, weil die Römer den Tag mit Mitternacht anfingen und unter dies hier den natürlichen Tag meinten. Das Detail der römischen Monatsrechnung ist nun folgendes. Calenden, Nonen, Iden werden nicht verändert. Der Tag, welcher zunächst denselben vorhergeht wird mit pridie Calendas, Nonas, Idus bezeichnet. Um die früheren Tage anzugeben, geht man auf die Ordinalzahlen zurück. In Monaten, wo die Nonen auf den fünften Monatstag fallen, wird der zweite mit a. d. IV. Nonas, der dritte mit a. d. III. Nonas bezeichnet. Falls aber die Nonen auf den siebenten Monatstag fallen, so heißt der zweite a. d. VI. Nonas, der dritte a. d. V. Nonas. Einen ähnlichen Unterschied macht man in Bezug auf die Iden. Da, wo diese auf den funfzehnten Monatstag fallen, heißt der achte a. d. VIII. Idus, der neunte a. d. VII. Idus. Wo aber die Iden auf den dreizehnten fallen, bezeichnet a. d. VIII. Idus den sechsten Tag des Monats, a. d. VII. Idus den siebenten u. s. w. Größer wird die Tagezahl bei der Rückrechnung von den Calenden des nächsten Monats. Hier muß man zwischen dem Jahre des Romulus, Numa und Julius Cäsar unterscheiden. Im Jahre des Romulus hieß der Tag nach den Iden im Martius, Maius, Quinctilis und October stets a. d. XVII. Cal., der folgende a. d. XVI. Cal. u. s. w.; in den übrigen Monaten hingegen zählte der Tag nach den

---

70) Varro de lingua lat. VI. 4. §. 27 u. 28. Macrob. sat. I. 15. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 39 flg., und Huschke, die Verfassung des Königs Servius Tullius S. 312.

71) Dieß nach Varro. Macrobius denkt auch hier an den pontifex minor.

72) So nach Tacitus ann. XII. 69.

Iden a. d. XVIII. Cal., der folgende a. d. XVII. Cal. u. s. w.[73]). Im Jahre des Numa, welches zwei neue Monate enthielt, wurde der Tag nach den Iden im Ianuarius, Aprilis, Iunius, Sextilis, September, November und December mit a. d. XVII. Cal., der folgende mit a. d. XVI. Cal. bezeichnet; im Martius hingegen Maius, Quinctilis, October und Februarius hieß der Tag nach den Iden a. d. XVI. Cal., der folgende a. d. XV. Cal.[74]). Im Julianischen Jahre hieß der nächste Tag nach den Iden in den Monaten, wo diese auf den funfzehnten Monatstag fallen, a. d. XVII. Cal.; im Ianuarius, Augustus, December hingegen a. d. XIX. Cal.; im Aprilis, Iunius, September, November a. d. XVIII. Cal.; im Februarius endlich a. d. XVI. Cal. Das Ganze des Julianischen Jahres dürfte aus folgender Tabelle übersichtlich werden.

März, Mai, Julius u. October (31 Tage)	Ianuarius, Sextilis, December (31 Tage)	Aprilis, Iunius, September, November (30 Tage)	Februarius (28 Tage)
1. Calendis	Calendis	Calendis	Calendis
2. VI. }	IV. } ante	IV. } ante	IV. } ante
3. V. } ante	III. } Nonas	III. } Nonas	III. } Nonas
4. IV. } Nonas	pridie Nonas	pridie Nonas	pridie Nonas
5. III. }	Nonis	Nonis	Nonis
6. pridie Nonas	VIII. }	VIII. }	VIII. }
7. Nonis	VII. }	VII. }	VII. }
8. VIII. }	VI. } ante	VI. } ante	VI. } ante
9. VII. }	V. } Idus	V. } Idus	V. } Idus
10. VI. } ante	IV. }	IV. }	IV. }
11. V. } Idus	III. }	III. }	III. }
12. IV. }	pridie Idus	pridie Idus	pridie Idus
13. III. }	Idibus	Idibus	Idibus
14. pridie Idus	XIX. }	XVIII. }	XVI. }
15. Idibus	XVIII. }	XVII. }	XV. }
16. XVII. }	XVII. }	XVI. }	XIV. }
17. XVI. }	XVI. }	XV. }	XIII. }
18. XV. }	XV. }	XIV. }	XII. }
19. XIV. }	XIV. }	XIII. }	XI. }
20. XIII. }	XIII. }	XII. }	X. } (ante)
21. XII. }	XII. }	XI. } (ante)	IX. } Calendas
22. XI. } (ante)	XI. } (ante)	X. } Calendas	VIII. }
23. X. } Calen-	X. } Calendas	IX. }	VII. }
24. IX. } das	IX. }	VIII. }	VI. }
25. VIII. }	VIII. }	VII. }	V. }
26. VII. }	VII. }	VI. }	IV. }
27. VI. }	VI. }	V. }	III. }
28. V. }	V. }	IV. }	pridie Calendas
29. IV. }	IV. }	III. }	Martias.
30. III. }	III. }	pridie Calendas	
31. pridie Calendas, Apriles, Iunias, Sextiles, Novembres.	pridie Calendas Februarias, Septembres, Ianuarias.	Maias, Iulias, Octobres, Decembres.	

73) Macrob. saturn. I. 12.
74) Macrob. saturn. I. 13.

Was die Berechnung des Jahres bei den Römern betrifft, so muß man zweifelsohne zwischen den verschiedenen Perioden der römischen Geschichte unterscheiden. a) Das Romulische Jahr. Für die Zeit des Romulus sind die Traditionen verschieden. Nach der Meinung des Macer und Fenestella gab es in Rom vom Anfang an nur ein zwölfmonatliches Jahr; nach Junius Gracchanus hingegen, Fulvius, Varro und Suetonius glaubte man, daß das Romulische Jahr aus zehn Monaten bestanden habe [75]). Diese Meinung bestätigt sich auch durch die Vergleichung des Calenders der Albaner und ist von Ovidius [76]), Macrobius [77]), Solinus [78]) und Lydus [79]), als die einzig wahre anerkannt worden. Auch wird berichtet, daß das Romulische Jahr mit dem Martius [80]) anfing und des Ianuarius und Februarius entbehrte [81]). Es bestand aus dreihundert und vier Tagen [82]). Niebuhr, welcher dem Romulischen Jahre in seiner römischen Geschichte einen besonderen Abschnitt unter dem Titel: Ueber den Säcularcyclus, gewidmet hat [83]), sucht die Hypothese vom zehnmonatlichen Jahre durch die Berechnung, welche der Feier der Säcularspiele zu Grunde liegt, zu rechtfertigen, wiewohl dieselbe eben so gut aus dem vom Plutarch [84]) dem Romulus beigelegten Jahre von 360 Tagen erklärt werden kann [85]). Auch im späteren Rechte finden sich noch Ueberbleibsel des zehnmonatlichen Jahres. Davon zeugt zuerst der Umstand, daß noch im Julianischen Calender der dies fasti es 38 gibt, welche Zahl die der alten Nundinen im dreihundert und viertägigen Jahre ist [86]), darauf deutet es, daß das Trauerjahr des späteren Rechtes noch lange Zeit hindurch aus zehn Monaten bestand [87]), und dieß bezeugen andere bereits von Niebuhr erwähnte Einrichtungen [88]). b) Das Numa'sche Jahr. Unter Numa gingen mit der Jahresrechnung der Römer bedeutende Veränderungen vor. Es lassen sich dieselben auf die Einführung des zwölfmonatlichen Jahres [89]) und die Bestimmung der Jahreslänge auf 355

---

75) Censorinus de die natali cap. 20.
76) Fastor. I. 27. 43. III. 99. 119. 151.
77) Saturn. I. 12.
78) Polyhistor. 1.
79) De mensibus initio Iulii p. 111.
80) Macrob. saturn. I. 12. Plutarch. Num. c. 18. Lydus l. c. p. 111.
81) Censorinus l. c. 20. Macrob. l. c. I. 12.
82) Censorinus l. c. 20. Macrob. saturn. I. 12.
83) Römische Geschichte Th. 1. S. 288—300. (3. Ausg.)
84) Plut. Num. c. 18.
85) Siehe Ideler a. a. O. Th. 2. S. 27.
86) Siehe Niebuhr a. a. O. Th. 1. S. 292.
87) Plut. Numa c. 12. Senec. consol. c. 16., epist. 63. Fr. Vat. §. 321. ibique Buchholtz. Erst Valentinian und Theodos verlängerten das Trauerjahr auf zwölf Monate. L. 2. C. de secundis nuptiis. (5.9.) Vgl. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes Th. 1. S. 642.
88) Vgl. römische Geschichte Th. 2. S. 497. und Th. 3. S. 68.
89) Censorinus l. c. 20. sagt, daß diese Einrichtung von Einigen dem

Tage[90]) und auf die Bestimmung des Jahresanfanges vom Januar[91]) an zurückführen. Die einzelnen Monate in diesem Jahre wurden nach dem Umlaufe des Mondes gemessen[92]), und durch die Einschaltung (intercalatio), deren Einführung ausdrücklich dem Numa[93]) zugeschrieben wird, mit dem Sonnenjahre ausgeglichen. Die Art und Weise, wie dieß in den damaligen Zeiten geschah, scheint nicht mit Sicherheit aus den römischen Geschichtsquellen erörtert werden zu können. Livius schreibt dem Numa geradezu die Einfügung der Schaltmonate (intercalares menses) in der Art zu, daß das Mondjahr im vier und zwanzigsten Jahresumlaufe mit dem Sonnenjahre ausgeglichen wird. Plutarch[94]) schreibt dem Numa die Einschaltung des mensis Mercedinus oder, wie Andere sagen, Mercedonius im Februarmonat zu und behauptet, daß derselbe aller zwei Jahre eingefügt worden sei und aus zwei und zwanzig Tagen bestanden habe. Censorinus[95]) und Macrobius[96]) berichten, daß die Römer nur durch die Numa'sche Anordnung des Jahres zu 355 Tagen auf die Nothwendigkeit des Einschaltens gekommen seien. Sie hätten nämlich einen Schaltmonat zu 22 und bisweilen zu 23 Tagen angenommen und denselben ein Jahr um das andere im Monat Februar zwischen den Terminalien und dem Regifugium eingesetzt. Die Terminalien fallen auf den drei und zwanzigsten Februar und bildeten im alten Calender den Jahresschluß[97]), da der Februar als der zwölfte Monat betrachtet wurde[98]); das Regifugium hingegen fällt auf den vier und zwanzigsten desselben Monats. Zum Zweck des Einschaltens wurden nun die letzten fünf Tage des Februarius abgerechnet und zu dem Schaltmonat hinzugeschlagen. Dieser erhielt dadurch entweder 27 oder 28 Tage, je nachdem er ursprünglich aus 22 oder 23 Tagen bestand[99]).

Tarquinius zugeschrieben worden sei. Vergl. Macrob. saturn. I. 15. Livius hist. I. 19. Ovidius fast. I. 43. u. III. 151. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 32.

90) Censorinus l. c. 20. Macrob. sat. I. 15.

91) Lydus de mensibus p. 111. nennt das mit dem Januar anfangende Jahr das Opferjahr. Plut. Numa c. 18.

92) Dio Cass. hist. 43. 26. Appiani bellum civile II. in fin. Lydus de mensibus p. 30. Siehe Ideler a. a. O. Th. 2. S. 38 flg.

93) Liv. hist. 1. 19. Cic. de legibus II. 12. — Macrob. sat. 1. 13. erwähnt, daß Andere dem Romulus, noch Andere dem Servius Tullius, und wieder Andere den Decemvirn die Einrichtung des Schaltwesens beigelegt haben.

94) Plut. Num. c. 18., Caesar. c. 59. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 56.

95) Censorinus l. c. 20.

96) Macrob. sat. I. 13.

97) Varro de lingua lat. 6. 3. §. 13.

98) Macrob. sat. I. 13. Festus s. v. Februarius. Servius ad Virgilii Georg. I. 43. Ovidii fasti II. 47. Plut. quaest. Rom. 19.

99) Varro l. l. 6. 3. §. 13. Macrob. sat. 1. 13. Der Letztere drückt sich so aus, als ob die letzten fünf Tage noch zum Februar gerechnet worden wären. Dagegen sprechen die Zeugnisse der Alten aus der classischen Zeit,

Der classische Ausdruck, mit welchem der Schaltmonat bezeichnet wird, ist mensis intercalaris oder intercalarius. Auch in den Justinianischen Pandekten wird der Schaltmonat[100]) unter dem Namen mensis intercalaris erwähnt, was Mühlenbruch[101]) nicht richtig auf den Schaltmonat des Julianischen Jahres bezogen hat. Vielmehr geht das Fragment des Celsus, wie ja schon die Erwähnung des Cato und Qu. Mucius unwiderleglich beweisen, auf den alten Schaltmonat, den Mercedinus, und enthält den Beweis dafür, daß derselbe in der gewöhnlichen Berechnung der Fristen nur als momentum temporis angesehen wurde. Daß ihm 28 Tage zugeschrieben werden, beruht auf der Verbindung der letzten Februartage mit der Monatsdauer des Mercedonius. Wenn man es nicht vorzieht, mit Ideler[102]) statt viginti octo zu lesen viginti septem vel octo, so könnte man auf den Gedanken gerathen, daß es dem Juristen hier nicht gerade auf eine scharfe Bestimmung der Monatsdauer angekommen sei. Die Berechnungsweise der Tage in dem darauf folgenden Schaltmonate ist zuerst von Erycius Puteanus genau nachgewiesen worden[103]). Der Februarius, sonst von acht und zwanzig Tagen, hatte im Schaltjahre nur 23. Die Terminalia, im Gemeinjahre a. d. VII. Calendas Martias, waren im Schaltjahre pridie Calendas intercalares. Dem Schaltmonate gab man seine Calenden, Nonen und Iden[104]). Nach den Iden desselben sagte man entweder a. d. XV. oder XVI. Cal. Martias, je nachdem der Schaltmonat 22 oder 23 Tage hatte. In beiden Fällen war, wie im gewöhnlichen Jahre, das Regifugium a. d. VI. Calendas Martias. Diese Art und Weise der Einschaltung blieb bis zu den Zeiten des Julius Cäsar unverändert dieselbe; nur stellte sich nach und nach heraus, daß auch auf diese Weise keine genaue Ausgleichung des Mond- und Sonnenjahres stattfinden könne[105]). Hierzu kam noch der Umstand, daß eine Zeit hindurch alle und jede Einschaltung aus religiösen Gründen unterlassen wurde, und, daß die Pontifices, welchen die Aufsicht über die Einschaltung übertragen war, das Jahr um Tage vermehrten oder verminderten, je nachdem sie die Pächter der

---

welche diese fünf Tage zum Schaltmonat hinzurechnen. Livius hist. 37. 59. Asconius in Milonian. arg. p. 186. Vergl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 59. Huschke a. a. O. S. 320.

100) L. 98. §. 1 u. 2. D. 50. 16. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse omnesque eius dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Qu. Mucius. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

101) Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 1. §. 35. Anm. 10. Gerügt ist der Irrthum schon von Huschke, Verfassung des Königs Servius Tullius, S. 320. Note 83.

102) A. a. O. Th. 2. S. 59.

103) De bissexto in Graevi thesaurus antiquitatum Rom. tom. VIII. p. 419—466.

104) Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 60 flg.

105) Macrob. sat. I. 13.

öffentlichen Abgaben (publicani) begünstigen wollten oder nicht [106]). So kam es denn dahin, daß zu den Zeiten Cicero's der Martius zu den Wintermonaten, der Ianuarius zu dem Herbste gerechnet wurde. c) Das Julianische Jahr [107]). Diesem Uebelstande suchte Cajus Julius Cäsar durch eine neue Calenderordnung abzuhelfen, welche von ihm den Namen des Julianischen Calenders erhalten hat. Zu diesem Zwecke setzte er dem Jahr 708 nach Erbauung der Stadt, in welchem er selbst und Aemilius Lepidus zum dritten Mal das Consulat verwalteten, so viel einzelne Tage hinzu, als nothwendig schien, um die Verwirrung des alten Calenders auszugleichen. Dieses Jahr heißt bei den Alten annus confusionis ultimus [108]), woraus die neueren Chronologen mit Unrecht den Ausdruck annus confusionis gebildet haben, und bestand nach dem Censorinus aus 445, nach Macrobius aus 443 Tagen, nach Suetonius [109]) aus funfzehn Monaten, während Dio Cassius versichert, daß nur 67 Tage eingeschaltet worden seien. Es war gerade ein Schaltjahr und außer dem gewöhnlichen Schaltmonate wurden zwischen dem November und December so viele Monate eingefügt, als nöthig schien, um die Verwirrung des alten Calenders zu heben [110]). Zugleich wurde festgesetzt, daß der Schaltmonat aufgehoben und das Jahr nach dem Laufe der Sonne geordnet werden solle. Deshalb fügte Cäsar zu den 355 Tagen, aus welchen bisher das Jahr bestand, noch zehn Tage hinzu und vertheilte dieselben auf die sieben Monate, welche bisher 29 Tage hatten in der Maße, daß auf den Januarius, Sextilis und December von jetzt an 31, auf den Aprilis, Junius, September und November aber 30 Tage kamen. Die Einfügung dieser Tage geschah aus Religionsgründen nur am Ende des Monats. Da nun bei der Ausgleichung des Gemeinjahres mit dem Sonnenjahre immer noch $\frac{1}{4}$ Tag übrig blieb, so wurde festgesetzt, daß alle vier Jahre ein ganzer Tag eingeschalten werden sollte, an derselben Stelle, wo früher der Schaltmonat eingesetzt wurde, d. h. gleich nach den Terminalien. Dieser Schalttag fällt nach unserem Calender auf den 24. Februarius, und heißt in der Kunstsprache der Classiker [111]): bissextum. Die Form bissextus kommt erst bei späteren Schriftstellern [112]) vor.

---

106) Plut. Caes. 59. Censorinus de die natali 20. Macrob. sat. I. 14. Ammianus Marcell. hist. XXVI. Solinus polyhist. c. 1. Vergl. Scaliger de emendatione temporum lib. II. p. 124 sq. Wie willkürlich es beim Einschalten noch zu Cicero's Zeit zuging, lehrt Cic. epp. ad Att. V. 9. 13. 21.; ad Div. VII. 2. Vergl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 115.

107) Plut. Caes. 59. Dio Cass. XLIII. 26. Censorinus de die natali 20. Ammianus Marcell. XXVI. 1. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 117—137.

108) Macrob. sat. I. 14.

109) Caes. 40. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 122.

110) Censorinus l. c. cap. 20. Suet. Caes. c. 40.

111) Censorinus de die nat. c. 20. L. 98. pr. D. de V. S. (50. 16.)

112) Siehe Ideler a. a. O. Th. 2. S. 129. Auch der für den Schalttag bei den neueren Chronologen gewöhnliche Ausdruck dies bissextilis ist un-

Der Name erklärt sich einfach aus der Stellung des Tages im Calender. Er wird nämlich in demselben durch bissextum ante Calendas Martias angedeutet. Die römischen Juristen werfen die Frage auf, ob von den beiden Tagen, die a. d. sextum Calendas Martias heißen, der prior oder der posterior, d. h. der den Calenden des März nähere oder entferntere als Schalttag zu betrachten sei, und entscheiden sich für den letzteren, indem sie zugleich hinzufügen, daß beide Tage juristisch für Einen angesehen werden [113]). Die neue Calenderordnung machte Cäsar durch ein Edict bekannt [114]), in welchem er auch die dies fasti verzeichnete. In der Folgezeit ist sie beibehalten worden, nur entstand in den nächsten sechs und dreißig Jahren dadurch eine Irrung, daß die Pontifices nicht, wie Cäsar wollte, am Schlusse des vierten Jahres sondern vielmehr am Anfange desselben den Schalttag hinzusetzten. Diesen Irrthum verbesserte nachmals August, indem er befahl, daß zwölf Jahre ohne Einschaltung gelassen werden sollten [115]), bei welcher Gelegenheit der Sextilis den Namen Augustus erhielt [116]). Seit dieser Zeit wurde eine größere Regelmäßigkeit im Einschalten beobachtet, und der Julianische Calender ist der der ganzen Kaiserzeit geworden und liegt den Fragmenten aller Fasten zu Grunde, welche sich aus der Kaiserzeit erhalten haben [117]). Die Jahre, welche nach dem verbesserten Calender berechnet werden, heißen in der Kunstsprache der neueren Chronologen Julianische und werden vom Jahre 709 von der Erbauung der Stadt an datirt. Mit der Einführung des Christenthums im nördlichen Europa kam auch der Julianische Calender, nach welchem schon zeitig die christlichen Feste berechnet wurden, zu den neubekehrten Barbaren. d) Der Gregorianische Calender. Im 15. Jahrhunderte n. Chr. Geb. entstanden in der abendländischen Kirche Streitigkeiten über das Datum des Osterfestes und die damit verbundene güldene Zahl, und es wurde das Werk der Calenderverbesserung als eine Angelegenheit der Kirche schon auf dem costnitzer und dem baseler Concil zur Sprache gebracht. Auf dem lateranischen Concil nahm Pabst Leo X. diese Angelegenheit wieder auf; das tridentiner Concilium trug endlich dem Pabste die Ausführung der Verbesserung förmlich auf, und Pabst Gregor XIII., der dieser Kirchenversammlung als Rechtsgelehrter beigewohnt hatte, brachte

---

römisch. Er kommt zuerst bei Beda de temporum ratione c. 9. vor. Auch das Schaltjahr hat den Namen annus bissextus erhalten. August. epistol. 119. c. 7.

113) L. 98. pr. D. 50. 16. L. 3. §. 3. D. de minoribus viginti quinque annis. (4. 4.) Die zuerst genannte Stelle ist oft mißverstanden worden. Der prior dies ist der 25. Februar, der posterior der 24. Siehe Koch, Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilcomputation und Schalttag, Gießen 1796. 8. und Ideler a. a. O. Th. 2. S. 621.

114) Macrob. sat. I. 14. Plut. Caes. 59.

115) Macrob. sat. I. 14. Vgl. Plinii hist. nat. XVIII. 57. Suet. Aug. c. 31. Solinus polyhist. c. 1,

116) Suet. Aug. c. 31. Dio Cass. hist. LV. 6.

117) Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 135—145.

diese Verbesserung im J. 1582 nach dem Vorschlage eines Calabresen, Aloysius Lilius, glücklich zu Stande, nachdem der Plan den Fürsten und Universitäten Europa's zur Prüfung vorgelegt und von einer Commission Gelehrter, unter denen Christoph Clavius, Petrus Ciaccónius und Ignazio Danti die einsichtsvollsten waren, genehmigt worden war [118]). Das Wesen der Verbesserung gibt die Bulle Gregor's einfach so an: man habe nicht allein die Frühlingsnachtgleiche, welche seit dem nicäischen Concil ungefähr 10 Tage von ihrer Stelle sich entfernt hatte, an ihre alte Stelle gesetzt, sondern auch das Osterfest, welches um 4 und mehr Tage von seiner Stelle gewichen sei, berichtigt und einen Weg eingeschlagen, um dergleichen Irrungen in Zukunft für immer zu vermeiden. Zur Erreichung dieses Zweckes befiehlt der Pabst, daß im October des Jahres 1582 zehn Tage aus dem Calender weggenommen werden sollen, dergestalt, daß nach dem vierten sogleich der funfzehnte gezählt werde; ferner sollen, um die Frühlingsnachtgleiche auf dem 21. März für immer zu erhalten, alle 400 Jahre drei Schalttage weggelassen werden, und zwar aus den Säcularjahren in der Weise, daß die Jahre 1600 und 2000 Schaltjahre bleiben, die dazwischenliegenden Säcularjahre 1700, 1800, 1900 hingegen Gemeinjahre werden. Der übrige Theil der Verordnung Gregor's bezieht sich auf die Befestigung des Ostervollmondes und hat hier weiter kein Interesse, wo es sich nur um den Calender handelt. Der verbesserte Calender (calendarium correctum) wurde zugleich mit dem Martyrologium, Rom 1586, mit den Bemerkungen des Cäsar Baronius gedruckt. Der Unterschied des Gregorianischen und Julianischen Calenders steigt im Verlaufe der Jahrhunderte. Vom 15. October 1582 bis zum 24. Februar 1700 hat der neue Calender zehn Tage, und von hier an bis zum 24. Februar 1800 eilf Tage mehr, als der alte gezählt. Seitdem beträgt der Unterschied zwölf Tage. Mit jedem Säcularjahre, das sich nach Weglassung der beiden letzten Ziffern nicht durch 4 ohne Rest dividiren läßt, wächst der Unterschied um einen Tag. Der Gregorianische Calender wurde in dem größten Theile Italiens, Spanien und Portugal gleich von Anfang an eingeführt; in Frankreich geschah es zwei Monate später, indem man einem Edicte Heinrich's III. zufolge vom 9. Dec. sofort zum 20. überging [119]); die katholischen Cantone der Schweiz und die katholischen Niederlande traten der Verbesserung 1583, Polen 1586, Ungarn 1587 bei; in Teutschland kam sie 1582 auf dem Reichstage zu Augsburg zur Sprache und der Kaiser sammt den katholischen Ständen nahm sie 1583 an, im

---

118) Das Hauptwerk über die Calenderverbesserung ist Romani Calendarii a Gregorio XIII. P. M. restituti explicatio, Clementis VIII. iussu edita. Auctore Christophoro Clavio Bambergensi Societatis Jesu Romae 1603. fol. Die Lebensgeschichte des Lilius berührt Tiraboschi Storia della letteratura Italiana tom. VII. P. I. p. 390. Das Wesentliche der Calenderverbesserung ist recht gut dargestellt von Ideler a. a. O. Th. 2. S. 300—325.

119) L'art de verifier les dates tom. I. p. 82.

Widerspruche mit den evangelischen Ständen, welche nach der Erklärung des Kurfürsten von Sachsen und des Landgrafen von Hessen dieselbe verwarfen, theils um dem Pabste nicht zuviel einzuräumen, theils weil Mästlin und Joseph Scaliger nachwiesen, daß auch die neue Zeitrechnung nicht fehlerfrei sei. Seitdem pflegte man in den öffentlichen Acten den alten und neuen Calender oder Stil zu unterscheiden, und bei Verhandlungen zwischen Katholiken und Protestanten das Datum nach beiden anzusetzen. Nach dem ryswicker Frieden nahmen indeß auch die evangelischen Stände die Sache politischer Gründe halber in genauere Ueberlegung und beschlossen nun, besonders auf Leibnitz's Betrieb und mit Zuziehung des jenaer Mathematicus Erhard Weigel, am 23. September 1699 mit dem nächsten Jahre einen sogenannten verbesserten Calender anzufangen, nach welchem mit Weglassung von eilf Tagen statt des 19. Februars 1700 sogleich der 1. März gezählt werden sollte. Diesem Beschlusse der evangelischen Stände sind gleichzeitig Dänemark und die vereinigten Niederlande, und im Jahre 1701 die evangelischen Cantone der Schweiz beigetreten. In England ist der neue Calender erst 1752, in Schweden 1753 eingeführt worden. Dort ging man vom 2. September zum 14., und hier vom 17. Februar zum 1. März über. — Bei den griechischen Christen ist noch immer der unveränderte Julianische Calender im Gebrauche, der jetzt zwölf Tage weniger zählt als unser verbesserter, und sich gegen diesen allmälig immer weiter verschieben wird. Auch die Russen halten noch am Julianischen Calender fest; selbst die orientalischen Christen, nur mit dem Unterschiede, daß sie ihre ursprünglichen Monate und Jahrepochen beibehalten haben.

Was die Jahrrechnung im Einzelnen anbetrifft, so ist bekannt, daß die Römer ihre Jahre nach den Consuln zählten. Es geschah dieß selbst noch unter Justinian fort, bis zum Jahre 541 nach Chr. Geb., wo Flavius Basilius der jüngere als der letzte Privatmann genannt wird, welcher das Consulat verwaltete, da es nachher auf den Kaiser übertragen wurde[120]). Unter den Verzeichnissen von Consuln, die wir dem Fleiße der gelehrten Alterthumsforscher verdanken, verdient namentlich das von Almeloveen gefertigte eine rühmliche Erwähnung[121]), und für die Kaiserzeiten, welche namentlich in Betreff des Gregorianischen, Hermogenianischen, Theodosianischen und Justinianischen Codex in Betracht kommen, haben wir von Peter Reland eine tüchtige Arbeit erhalten[122]). Es werden aber in Bezug auf die Consularrechnung einige Bemerkungen nöthig, ohne welche man dieselbe entweder nicht oder falsch verstehen würde. Sie

---

120) Vergl. Pagi dissertatio hypatica seu de consulibus Caesareis (Lugduni 1682, 4.) p. II. c. ult.

121) Theodori Iansonii ab Almeloveen fastorum Romanorum consularium libri duo. (ed. I. Amstelodami 1705. ed. II. Amst. 1740.)

122) Petri Relandi fasti consulares ad illustrationem Codicis Iustinianei ac Theodosiani. Trai. ad Rhenum 1715. 8.

123) Liv. hist. III. 6. Dion. archaeol. IX. 25.

betreffen 1) den Anfang des Consularjahres. Die Monate, in welchen die Consuln ihr Amt anzutreten hatten, waren nicht zu allen Zeiten dieselben. Im Anfang der Republik geschah es an den Calenden des Sextilis [123]); zur Zeit der Decemvirn finden wir die Idus Majä als den gewöhnlichen Antrittstag der Magistrate genannt [124]); im Jahre 331 und 352 der Stadt kommen in gleicher Beziehung die Idus Decembres vor [125]); späterhin werden die Idus Martiae genannt [126]). Erst seit dem Consulat des Qu. Fulvius Nobilior und T. Annius Luscus, d. h. dem Jahre 601 v. C. der Stadt traten die Consuln ihr Amt an den Calenden des Januarius an [127]), und dieß hängt vielleicht damit zusammen, daß am Anfang des siebenten Jahrhunderts nach Erbauung der Stadt der December der letzte Monat im Jahre geworden ist. Zu den Zeiten August's war dieser Antrittstermin der gewöhnliche [128]), und späterhin ist daran nichts geändert worden. 2) Dauer des Consulats. In den Zeiten der freien Republik wurden die Consuln für die ganze Dauer des Jahres gewählt und ernannt; und wenn diese im Laufe des Jahres starben oder aus irgend einem Grunde ihr Amt niederlegten, so wurden keine anderen Consuln gewählt [129]). Erst unter Cäsar's Dictatur kam der Gebrauch auf, falls einer von den gewählten Consuln während der Dauer seines Amtes wegfiele, einen Anderen an dessen Stelle auf die noch übrige Zeit des Consulats zu ernennen. In den spätern Zeiten wurde dieß auch dann gewöhnlich, wenn die Consuln auf Veranlassung des Gewalthabers im Staate abdankten. Seit dieser Zeit findet sich der Unterschied der ordinarii und suffecti consules. Jene sind solche, welche das Consulat vom Anfange des Jahres an verwalten; diese solche, welche im Laufe des Jahres an deren Stelle treten [130]). Es steht nicht zu bezweifeln, daß die suffecti consules gleich von Anfang des Jahres an ernannt wurden [131]), und es ist bald dahin gekommen, daß einzelne Consuln ihr Amt nur einige Monate und Tage verwalteten [132]). Die Bezeichnung des Jahres gaben aber stets die ordinarii her, und die suffecti wurden nur in Rom und Italien bei einzelnen Acten, zu denen sie hinzugezogen wurden, genannt; sonst und namentlich in den Provinzen, wo die Namen der suffecti oft nicht einmal bekannt waren, kommt nur die Jahresbezeichnung nach den ordinarii consulatus [133]) vor. Damit stimmt es völlig überein, wenn Ge-

---

124) Liv. hist. III. 36. Dion. X. 59.
125) Liv. hist. IV. 37., V. 9. u. 11.
126) Liv. XXII., XXVI., XXXII. init.
127) Cassiodori chronicon p. 681.
128) Ovid. fast. I. 79–83.
129) Dio Cass. hist. XLIII. 46., XLVIII. 35.
130) Suet. Galba. 6. Vitellius 2. Dom. 2. spricht nur von ordinarii consulatus.
131) Dio Cass. l. c. XLVIII. 35.
132) Dio Cass. l. c. XLIII. 46.
133) Dio Cass. l. c. XLIII. 46. XLVIII. 35.

schichtsschreiber wie Dio Cassius die Jahre nur nach den letzteren bezeichnen, und die ersteren nur insofern erwähnen, als sie bei einzelnen bemerkenswerthen Thatsachen concurrirten; auch nennen die alten Consularfasten bei Bezeichnung der einzelnen Consularjahre nur immer die ordinarii consules, niemals die suffecti. 3) Ungewißheit des Consulats. In den späteren römischen Rechtsquellen, welche nach der Theilung des römischen Reiches unter Arcadius und Honorius abgefaßt sind, ist manchesmal eine Unsicherheit in den Unterschriften daher entstanden, daß in diesen Zeiten der eine Consul in Rom, der andere in Constantinopel ernannt wurde [134]). So lange man nun an dem Orte, wo das Gesetz erlassen wurde, noch nicht wußte, wer im anderen Reiche zum Consul ernannt war, half man sich mit der Unterschrift: et qui fuerit nunciatus oder *τῶν δηλωθησομένου* [135]). 4) Jahre ohne Consuln (*ἔτη ἀνύπατα*) heißen in den alten Consularfasten solche Jahre, für welche keine Consuln ernannt sind. Am häufigsten kam dieß unter den christlichen Kaisern vor, namentlich unter Justinian [136]). Zur Bezeichnung solcher Jahre bediente man sich nach einer schon früherhin gewöhnlich gewordenen Methode [137]) der Formel post consulatum, indem man die Consuln des vorigen Jahres dazu im Genitiv beifügte, z. B. post consulatum Lampadii et Orestis Dabei ist indeß zu bemerken, daß noch die Marcellinische Bezeichnungsweise, welche das dem Consulate folgende Jahr ohne Zahl und das zunächst folgende post consulatum II. nennt, im Justinianischen Codex und den Novellen allein gebräuchlich ist [138]), während die sogenannte Victorianische Bezeichnung, nach welcher schon das dem Consulat nächstfolgende Jahr mit der Ziffer II., und das folgende mit III. bezeichnet wird, nur in post-Justinianischen Rechtsquellen sich vorfindet [139]). 5) Das Streichen der Consulate in den Fasten. Es war eine allgemeine Sitte bei den Römern, daß die Namen der Personen, deren Gedächtniß verdammt worden ist (quorum memoria damnata est), aus allen öffentlichen Urkunden ausgekratzt wurden [140]). Diese

---

134) Socrat. hist. VI. 2. Procop. *Ἀνέκδ.* 26. ed. Orelli p. 191. Synes. epist. 32.

135) L. 5. Th. C. de his, qui ad ecclesias confug. (9. 45.) Vergl. die Beispiele in Relandi fasti consulares p. 630 sq.

136) Vgl. Relandus l. c. p. 717.

137) So bezeichnen z. B. die Acten des ephesinischen Concils vom Jahre 431 dieses Jahr, wo Bassus und Antiochus das Consulat verwalteten, mit *μετὰ τὴν ὑπατείαν — Θεοδοσίου τὸ ιγ΄. καὶ — Οὐαλεντινιανοῦ τὸ γ΄.*, welche im Jahre 430 Consuln waren.

138) Vgl. Relandi fasti consulares p. 503. Pagi dissertatio hypatica p. 318. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's S. 503.

139) Vgl. Biener a. a. O. S. 503. Heimbach *Ἀνέκδοτα* tom. I. p. XXII.

140) Tac. Annal. III. 17. u. 18. L. 16. C. de sacrosanctis eccl. (1. 2.) L. 17. Th. C. de poenis. (9. 40.) L. 13. Th. C. de infirm. his, quae sub tyr. (15. 14.) Vgl. Wolle de damnata memoria diss. I. (Lipsiae 1776.) p. 18.

Strafe stammt aus dem römischen Gewohnheitsrechte und ist in den Kaiserzeiten durch gesetzliche Verfügungen anerkannt[141]), und namentlich auf das Verbrechen des Hochverrathes gesetzt worden[142]). Auch beim Tode verhaßter Kaiser hat man diese Strafe an ihnen vollzogen[143]). Hatten die von der Strafe betroffenen Personen das Consulat verwaltet, so wurde ihr Name in den Fasten und den Unterschriften der kaiserlichen Constitutionen gestrichen[144]). Für solche Jahre finden wir in der Regel nur Einen Consul in diesen Denkmälern des Alterthums angegeben.

Die Bezeichnung der einzelnen Jahre nach den Regierungsjahren der Kaiser ist sehr spät im römischen Reiche aufgekommen. Sie ist für alle Data in öffentlichen Urkunden durch Justinian's Novelle 47 aufgekommen, welche vom letzten August 537 ist und vom nächsten ersten September 538 dieß einführte. Von dieser Zeit an finden wir in den Novellen Justinian's und seiner Nachfolger neben dem Consulate auch das Regierungsjahr des Kaisers erwähnt; selbst in einem Testamente von Ravenna 552 und einer apocha Collicti Ravennatis[145]).

Was die Bezeichnung der Jahre durch Indictionen anbetrifft, so ist dieselbe nicht vor Constantin dem Großen gewöhnlich gewesen. Die erste sichere Spur derselben findet sich im Theodosischen Codex vom J. 356 n. Chr. G.[146]), und damit hängt es wohl auch zusammen, wenn des Chronicon Paschale den Anfang der Constantinianischen Indiction auf das Jahr 312 n. Chr. G. verlegt[147]), und es ist mithin wohl nur als ein Anachronismus zu betrachten, wenn dasselbe Chronicon den Anfang dieser Zeitrechnung auf das Jahr 705 der Stadt, 49 v. Chr. G. setzt[148]). Man versteht aber unter indictio die einzelnen mit dem ersten September beginnenden Jahre eines funfzehnjährigen Zeitkreises, die man in stets wiederkehrender Ordnung fortzählt. Man gab zu diesem Behufe ohne Rücksicht auf die Anzahl der seit irgend einer Epoche abgelaufenen Cykel ganz einfach an, daß etwas in der und der Indiction, d. h. im Einzeljahre des Indictionscyclus geschehen sei[149]), wenn schon Scaliger die Sache so darstellt, als ob indictio nicht allein das

---

141) L. 8. C. ad legem Iuliam maiestatis. (9. 8.)

142) L. 6. u. 8. C. 9. 8. §. 3. J. de publicis iudiciis. (4. 18.)

143) Suet. Dom. 23. Macrob. sat. I. 22. Capitolinus Gordian. 9. Lampridius in Heliogab. Vgl. Wolle l. c. p. 20.

144) L. 16. C. 1. 2. L. 17. Th. C. 9. 40. Socrat. hist. 6. 5. Vgl. Cuiacii observ. III. 19. Wolle l. c. p. 18.

145) Vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter, Bd. 2. S. 194. und Biener, Geschichte der Novellen Justinian's S. 504.

146) Const. 2. Th. C. de legatis et decretis legationum. (12.12.) Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 352.

147) Chronicon Paschale p. 281.

148) P. 187.

149) Vgl. l'Art de verifier les Dates (ed. Paris. 1818) tom. I. p. 36. Savigny über römische Steuerverfassung in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6. S. 379—380. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 347.

Einzeljahr, sondern auch den ganzen Indictionencyclus bezeichnet habe[150]). Woher die Indictionenrechnung stammt, darüber sind die Gelehrten verschiedener Meinung. Scaliger leitet sie aus den Decennalien und Quinquennalien der römischen Kaiser her; mit ungleich größerer Wahrscheinlichkeit erblickt Savigny[151]) in der Indictionsrechnung eine Uebertragung des römischen Steuerjahres auf den politischen Calender. Darauf deutet unfehlbar der Umstand, daß das römische Steuerjahr am 1. September anfing[152]), und daß der Steuersatz für das laufende Jahr schon zeitig mit dem Namen indictio belegt worden ist[153]). Was den Anfang der Indictionen anbetrifft, so muß man genau zwischen den einzelnen Zeiträumen unterscheiden. Für die älteren Zeiten des occidentalischen Reiches scheinen die Zeugnisse des heiligen Ambrosius[154]) aus der letzten Hälfte des 4. Jahrhunderts n. Chr. Geb. entscheidend; für das orientalische Reich scheinen namentlich für das 6. Jahrhundert die Unterschriften der jerusalemer Synode[155]) und das Zeugniß des Syrillus Scythopolitanus[156]) beweisend, und für die späteren Zeiten erhellt dieß noch dazu aus dem Umstande, daß die Chronisten, wie Theophanes, den Anfang des Weltjahres auf den 1. September verlegen[157]). Die Griechen scheinen nie einen anderen Indictionsanfang gekannt zu haben und dieß hat wohl dazu Veranlassung gegeben, die Indiction, welche vom 1. September des laufenden Jahres erhebt, die constantinopolitanische zu nennen, im Gegensatze der kaiserlichen (Caesarea indictio), welche nach der gewöhnlichen Meinung am 24. September (a. d. VIII. Calendas Octobres) anfangen soll. Von dieser findet sich die erste Spur bei Beda[158]), und wenn es schon glaublich ist, daß sie auf die Auctorität dieses Chronologen hin im Abendlande in Gebrauch gekommen ist, so läßt es sich doch auf der anderen Seite nicht in Abrede stellen, daß sie für frühere Zeiten nicht als geltend angenommen werden kann. Ganz verschieden von der hier beantworteten Frage ist die, welche den Anfang des Indictionscyclus zum Gegenstande hat. Gewöhnlich knüpft man diesen Anfang auf die Auctorität des Chronicon Paschale hin an den 1. September des Jahres 312 n. Chr. G., und damit stimmen die Stellen des Theodosischen Codex überein, in welchen die Indictionen notirt worden sind[159]).

---

150) Scaliger de emendatione temporum lib. V. p. 502 sq.

151) A. a. O. Th. 6. S. 377—382. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 348—350.

152) Cuiacius comm. ad tit. C. de indict. (10.17.) u. Expos. Nov. 128. Biener, Geschichte der Novellen S. 505.

153) L. 13. C. 10. 16. Laet. de mort. persecut. 7.

154) Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 359.

155) Collectio conciliorum ed. Mansi tom. VIII. p. 1164, 1168, 877. Vgl. Biener a. a. O. S. 505.

156) In vita Sabae in Cotelerii monumenta ecclesiae Graecae tom. III. p. 305.

157) Vgl. Heimbach Ἀνέκδοτα tom. I. p. 270.

158) De temp. rat. 46. Vgl. Ideler a. a. O. Th. 2. S. 361.

159) Vgl. Jacobi Gothofredi indictionum XXIV. laterculus in pro-

Auch darf man es als eine Bestätigung dieser Ansicht ansehen, wenn in den Gesetzen der späteren byzantinischen Kaiser, namentlich in den Novellen Justinian's und Justin's II. die einzelnen Indictionsjahre so bezeichnet werden, daß, wenn man den funfzehnjährigen Indictionscyclus rückwärts rechnet, der Anfang des einen in das genannte Jahr hineinfällt. Nur für Afrika scheint in der älteren Zeit eine Ausnahme angenommen werden zu müssen, da die hier gewöhnliche Indiction mit dem Jahre 313 angefangen zu haben scheint[160]), was sich einfach daraus erklären läßt, daß Constantin erst in diesem Jahre in den Besitz von Afrika gekommen. Viel weiter geht der Erklärer des Theodosischen Codex Gothofredus[161]). Er nimmt nämlich für den Theodosischen Codex vier verschiedene Indictionen an, die Indictio italica, orientalis und zwei afrikanische, von denen die erste 312, die zweite 313 und die beiden letzten 314 und 315 angefangen haben sollen. Daß indeß die orientalische von der gewöhnlichen Indiction nicht verschieden ist, hat bereits Norisius[162]) gezeigt, und daß die Annahme einer neuen Indictio für die dioecesis Africae aus L. 3. Th. C. de equor. collat. (11. 17.) unwahrscheinlich sei und auf einer falschen Lesart dieser Constitution beruhe, hat Biener[163]) gezeigt. Der Gebrauch der Indictionen ist in öffentlichen Urkunden durch Justinian's Novelle 47 bestätigt und seit dieser Zeit immer allgemeiner geworden. In den Novellensubscriptionen kommen sie nur selten vor, auch nicht in den Constitutionen von Pandekten und Codex. Desto öfter werden sie als Zeitbestimmung in dem Inhalte einzelner Novellen genannt[164]). Falls ein Gesetz rückwirkende Kraft erhielt, so wurde in der Subscription gewöhnlich nicht die laufende Indiction genannt, sondern diejenige, von welcher an das Gesetz gelten sollte[165]). Heimbach.

Canonicus heißt im Allgemeinen jeder bei einer Kirche ordentlich angestellte Geistliche, im engeren Sinne aber nur derjenige, welcher Mitglied eines Capitels ist. Indem hier die letztere Bedeutung festgehalten wird, knüpft sich daran die Lehre vom canonischen Leben, den Capiteln und Stiftern.

1) In der katholischen Kirche[1]).

Die zu einer Kirche (Gemeinde) gehörigen Geistlichen bildeten schon frühzeitig ein Ganzes (Presbyterium), dessen Haupt bei der Entwicke-

---

legomenῶν Theod. C. tom. I. p. CCV—CCVII. Es gehören hierher nur die Stellen, welche er mit der italischen Indiction bezeichnet.

160) Vgl. L. 8. Th. C. de indulgentia. (11. 28.) Nov. Post-Theod. 36. Vgl. Biener bei Ideler a. a. O. Th. 2. S. 354—356.

161) L. c. p. CCV.

162) Annus et epochae Syromacedonum IV. 4. p. 406 sq.

163) A. a. O. Th. 2. S. 355 flg.

164) Vgl. Biener, Geschichte der Novellen S. 505.

165) Vgl. Heimbach Ἀνέκδοτα tom. I. p. LXXXVIII.

1) Aus der reichen Literatur sind besonders zu erwähnen: Van Espen de instituto et officiis canonicorum, Lovanii 1685, auch in den verschiedenen

lung der Hierarchie der Bischof wurde. Um die Wirksamkeit des Presbyteriums zu erhöhen, vereinigten, nach dem Beispiele der Mönche, Eusebius von Vercelli um das Jahr 368, Augustin von Hippo um 423 und Andere[2]) ihren Clerus durch Gemeinschaft der Wohnung, des Tisches und des ganzen Lebens. Zwar fand diese Einrichtung bald in verschiedenen Diöcesen Beifall, doch wurde sie nicht allgemein und gesetzlich[3]). Da veranlaßte der seit dem 7. Jahrhunderte eingetretene Verfall des Clerus im Jahre 757[4]) den Bischof Chrodogang von Metz, für die Geistlichen seiner Kirche eine gemeinsame Wohnung (monasterium, claustrum) und eine regelmäßige Lebensweise (vita canonica), besonders in Beziehung auf den Gottesdienst (horae canonicae, officium divinum, diurnum et nocturnum)[5]) und die Disciplin überhaupt anzuordnen[6]). Im Wesentlichen schloß er sich dabei an die Einrichtung in den Klöstern an und benutzte besonders die Regel Benedict's[7]).

Ausgaben seiner Werke (ed. Coloniae 1777, fol. T. II.). Augustin Barbosa de canonicis et dignitatibus aliisque beneficiariis eorumque officiis in choro et capitulo. Lugdun. 1700, fol. Thomassin vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. III. c. II—XI. J. H. Boehmer ius eccl. Protestantium lib. III. tit. I. Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christ-katholischen Kirche, Bd. III. Cap. VII. S. 317—384. — Schriften über einzelne Institute dieser Lehre sollen an den betreffenden Stellen angeführt werden. Ebenso die Quellen.

2) Augustinus sermo de communi vita clericorum (c. 10. C. XII. qu. I.). Thomassin l. c. cap. II. §. 6 sq. cap. III. IV.

3) Für clerici impuberes verordnete diese Lebensweise der can. 1. des zweiten Concils von Toledo 527 (c. 5. dist. XXVIII.); vergl. c. 23. Conc. Tolet. IV. a. 633 (c. 1. C. XII. qu. I.). — Um 527 ward diese Einrichtung in Trier getroffen (Brower Annales Trevir. I. 315.).

4) Zwei Jahre vorher schrieb c. 11. Conc. Vernensis für diejenigen, welche sich durch Tonsur dem geistlichen Stande bestimmt hatten, vor: ut in monasterio sint sub ordine regulari, aut sub manu episcopi sub ordine canonico (Thomassin l. c. cap. IX. Nr. 1.); vergl. c. 12. der Statuten des Bonifacius von 745 (Hartzheim Conc. Germaniae I. 74.).

5) Die aus dem alten Testamente (Psalm 118) in der Kirche beibehaltenen und erweiterten Gebetstunden sind 1) die matutina (bei der Morgendämmerung, eine Verbindung der Nocturne und Laudes), 2) die prima (um 6 Uhr), 3) tertia (9 U.), 4) sexta (12 U.), 5) nona (3 U. Nachmitt.), 6) vespera (6 U.), 7) das completorium (bei der Abenddämmerung). Daher Septenar, oder, wegen der Trennung der Nocturne von den Laudes, Octonar (siehe c. 9. dist. XCII. (Concil. Tolet. a. 400), c. 2. dist. XCI. u. c. 1. X. de celebrat. missarum (3. 31.) (Hincmar Rhemens. cap. IX.). Concil. Lateran. IV. c. 17. a. 1215 (c. 9. X. de celebr. missar.). Vergl. überhaupt Thomassin l. c. P. I—II. cap. 71 sq. Der geweihten oder canonischen Stunden Alter, Geist und Wesen, Landshut 1835, 8.

6) Thomassin l. c. cap. IX. — Die Regel in ihrer ursprünglichen Gestalt (mit 34 Capiteln) bei Labbé Coll. Conc. VII. 1444 sq. Hardouin IV. 1181 sq. Mansi XIV. 313 sq. Holstenius Codex regularum II. 96 sq., mit mehreren Nachträgen bei Hardouin cit. 1198 sq. Hartzheim I. 96 sq., im Auszuge bei J. H. Böhmer cit. §. 13. Binterim S. 313—323.

7) Thomassin cit. cap. IX. §. 5: Non nomina tantum monasterii,

Chrodogang's Anordnung wurde jetzt allgemeiner und gesetzlich eingeführt [8]), die Regel selbst aber bald in der Form befolgt, welche nach der Redaction des Amalarius, Presbyters von Metz, Ludwig der Fromme auf dem Concil zu Aachen (daher regula Aquisgranensis) [9]) im Jahre 817 bestätigen ließ [10]). Von den bischöflichen Kirchen (cathedra, ecclesia de domo episcopi, Domhochstift) [11]) ging das Institut bald auf die anderen über (ecclesia collegiata, Collegiatstift) [12]). Die Mitglieder der Verbindung nannte man seitdem wegen der vita canonica (s. Anm. 8), canonici [13]), und zwar die am Hochstifte canonici cathedrales, capitulares, Domherren, die anderen canonici schlechthin oder can. collegiales, Chorherren, Stiftsherren. Sie sind zusammen canonici seculares [14]), indem wegen der Uebertragung dieser Einrichtung auf die Klöster, welche zwar zum Theil schon früher so organisirt, nach ihrem Verfall aber jetzt wieder hergestellt wurden, die Mönche als canonici regulares erschienen [15]).

---

abbatis et regulae in usu promiscuo erant monachorum et canonicorum, sed et res ipsae.

8) Capitulare Aquisgran. ann. 789, cap. 72.: Qui ad clericatum accedunt, quod nos nominamus canonicam vitam etc. (ed. Baluzius I. 238. Pertz I. 65.). Cap. Aquisgr. a. 801, c. 8. (Baluzius I. 359. Pertz I. 87.). Cap. I. ann. 802, c. 22. (Baluzius I. 369. Pertz I. 94.). Cap. I. ann. 805, c. 8. (9.) (Baluzius I. 422. Pertz I. 132.) u. a. m. Concil. Moguntin. a. 813, c. 9. (Hartzheim I. 407.). Concil. Roman. a. 826 u. 853, c. 7. (c. 3. C. XII. qu. I.). Concil. Meldense a. 845, Pontigonense a. 876 u. a.

9) Bei Sirmond Conc. Galliae II. 333 sq. Hartzheim I. 430 sq. Mansi XIV. 147 sq.

10) Nach der gewöhnlichen Annahme 816 (s. Baluzius I. 564; vergl. die Encyclica ad Archiepiscopos daselbst 553 sq.), nach Pertz 817 (l. c. I. 200 sq. 219 sq.).

11) An der Cathedrale Trier finden wir die vita canonica bereits im J. 819 (Hontheim hist. diplom. Trevir. I. 171.). Ueber Mainz u. a. s. m. Dürr de Moguntino S. Martini monasterio, Mogunt. 1756, und in Schmidt thesaur. iuris eccl. tom. III. diss. IV.

12) Thomassin l. c. cap. XI. Dürr de capitulis clausis ecclesiarum tam cathedralium, quam collegiatarum in Germania, Mogunt. 1763, und in Schmidt thesaur. tom. III. diss. V. §. IV. sq. p. 127 sq.

13) Im Allgemeinen heißt canonicus jeder Cleriker, welcher in canonem (catalogum, album, tabulam, matriculam, titulum) ecclesiae relatus est (vergl. die Belege bei Bingham origines eccl. lib. I. c. V. §. 10. (T. I. p. 50 sq.) und besonders c. 2. dist. LXX.). In gleicher Bedeutung findet sich daher auch matricularius (c. 21. dist. L.), intitulatus (c. 54. §. 5. X. de electione (1. 6.) und dazu die Glosse ad v. intitulatum. c. 3. X. de clericis conjugatis. (3. 3.) Die engere Bedeutung, von der vita canonica entlehnt, ist eigentlich schon in c. 15. Conc. Arvernens. a. 535 anerkannt. Es erklärt darüber später Ivo Carnotensis epist. 69: Ideo canonici appellati estis, quod canonicas regulas vos velle observare ceteris arctius devovistis.

14) In secularibus ecclesiis canonici seculares. c. 43. §. 5. de electione in VI. (1. 6.) S. u. Anm. 169.

15) Diese fast allgemein erst in eine spätere Zeit gesetzte Unterscheidung, ist bestimmt bereits im Concil. Turonense III. a. 813, c. 23. 24. anerkannt.

Nicht lange erhielt sich aber das canonische Leben in voller Wirksamkeit und allgemeiner Beachtung. Die vielen Besitzthümer, welche den Stiftern zugefallen waren, wurden zu stehenden Einkünften für die Canonici vertheilt und das gemeinsame Leben, welches am Genusse hinderte, nach und nach zum Theil schon während des 9. Jahrhunderts, aufgegeben[16]). Aus dem Münster zogen die Canonici in eigne, meistens um die Cathedrale erbaute Wohnungen (Curien). Erfolglos bemühten sich die Päbste[17]) und Bischöfe[18]) das ältere Verhältniß herzustellen, und nur hin und wieder dauerte dasselbe fort[19]), zumal in den Klöstern[20]).

Seit erst die vita communis gelöst war, fingen die Stiftsglieder auch an, die ihnen obliegenden Pflichten zu vernachlässigen und ließen selbst den Chordienst von Vicarien verwalten[21]).

In solcher Weise erhielten sich die Stifter unverkürzt bis zum 16. Jahrhundert. In Folge der Reformation wurden viele von den Protestanten eingenommen (s. unten) und zum Theil aufgehoben[22]). Eine noch größere Schmälerung erfolgte bei den Säcularisationen am Ende des vorigen Jahrh. in Frankreich und gemäß dem Reichsdeputationsrecеß von 1803, §. 34 u. 35, eigentlich im Widerspruche mit §. 62, in

---

Vergl. Thomassin cit. cap, IX., besonders §. 7, und Du Fresne s. v. canonici seculares.

16) In Cöln erkannte schon im J. 873 die unter dem Erzbischofe Gunthar gehaltene Synode die Gütertheilung an (Hartzheim Conc. Germ. II. 356 sq.). Viele auswärtige Prälaten wohnten dieser Versammlung bei und folgten bald dem Beispiele derselben. Man vergl. Trithemius Chronicon Hirsaugiense ad annum 977; Der Dom zu Trier, Trier 1834, 8., S. 3, 10 flg. In Bremen geschah dieß im J. 1042 (Misegas Chronik von Bremen II. 100.).

17) Nicolaus II. schärfte im J. 1059 Chrodogang's Regel wieder ein (Mabillon Annales Benedictin. T. IV. p. 748 sq.), und das gemeinsame Leben überhaupt Alexander II. im J. 1063 (c. 6. §. 2. dist. XXXII.), Gregor VIII. (seit 1187). c. 9. X. de vita ac honestate clericorum. (3. 1.)

18) Im J. 1115 entwarf Petrus de Honestis für das Collegiatstift bei Ravenna eine strengere Regel, welche Paschalis II. im J. 1117 bestätigte (Natalis Alexander hist. eccl. T. VI. art. VII. c. 7.).

19) Dieses beweisen z. B. die Statuten des Bischofs Otto v. Freisingen vom J. 1158 (Lünig spicilegium eccles. P. II. p. 233), von Minden vom J. 1230 (eod. P. III. contin. III. p. 57). Im J. 1007 führte Kaiser Heinrich II. in dem neu gestifteten Bisthum Bamberg die vita canonica ein.

20) Siehe den Titel der Decretalen: De statu monachorum et canonicorum. (3. 35.) Vgl. J. H. Böhmer l. c. III. 1. §. 26 sq.

21) So schon im 12. Jahrh., siehe Paschalis II. ep. 79. (Labbé coll. Conc. X. 696.). Besondere Vicariate finden sich nach Eichhorn (Kirchenrecht I. 196), der sich auf Aub. Miraei donationes Belgicae lib. I. cap. 127 (siehe J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. 5. §. 69.) bezieht, seit dem 14. Jahrh. S. noch unten Anm. 91 flg.

22) Ein Verzeichniß der den Protestanten zugefallenen Domstifter, nebst literarischen Nachweisungen, findet man bei Pfeffinger Vitriarius illustratus I. 1176 sq.

Teutschland [23]). Mit der in der neueren Zeit erfolgten Herstellung aller kirchlichen Verhältnisse, sind auch die Bisthümer neu dotirt und die Capitel wieder vollständig in's Dasein gerufen worden. Die frühere politische Bedeutsamkeit derselben [24]) ist jedoch ganz in den Hintergrund getreten und der eigentliche Beruf derselben besteht in der wissenschaftlichen und religiösen Entwickelung des kirchlichen Lebens [25]).

Nach diesen geschichtlichen Vorbemerkungen ist die gegenwärtige Lage der Stifter in Beziehung auf das Verhältniß der einzelnen Canonici und der Capitel im Ganzen näher zu betrachten.

a) Vom Rechtsverhältnisse der einzelnen Glieder der Stifter.

Der ältere Begriff, nach welchem Canonicus der Cleriker ist, welcher eine canonische, d. h. durch die Kirchengesetze bestimmte Lebensweise führt, ist noch jetzt der geltende. Zur vita canonica gehört zunächst die Wahrnehmung des officium divinum (s. oben Anm. 5). Früher wurden die horae canonicae allgemein befolgt. Das Concil zu Vienne im Jahre 1311 schrieb dieselben aber nur den Secular- und Regularstiftern vor und überließ es den anderen Kirchen, nach der Observanz darüber zu halten [26]). Den später durch Bestellung von Vicarien eingerissenen Mißbräuchen (s. Anm. 21) begegnet das tridentinische Concil [27]), indem es allen Canonicis die persönliche Abhaltung der canonischen Zeiten im Chore (officium publicum) zur Pflicht macht, was auch in den neueren Concordaten und Circumscriptionsbullen bestätigt ist. Nur ausnahmsweise ist das officium privatum des Einzelnen in seiner Wohnung gestattet [28]). Außerdem müssen die Stiftsglieder dem Bischofe beim Gottesdienste überhaupt assistiren [29]).

Jedem Canonicus gebührt deshalb auch ein Sitz im Chor (stallus oder stallum in choro). Außerdem hat er Sitz und Stimme im Capitel (locus, votum in capitulo) (s. unten) und den Anspruch auf ein Beneficium (Canonicat, Präbende, mit bestimmtem Gehalt, Wohnung u. s. w.).

Anfangs lebten die Canonici insgesammt von den Einkünften des Stiftes und nahmen so viel Mitglieder auf, als die Mittel gestatteten. Außer den wirklichen Canonicis befanden sich aber auch solche im In-

---

23) Vergl. preußisches Edict v. 30. Oct. 1810 (Gesetzsamml. S. 32 flg.). Vergl. Cabinetsordre v. 30. März 1812 (Gesetzsamml. S. 108.).

24) Die Capitel übten auf den Landtagen und als Rath der Bischöfe, welche Landesherren waren, großen Einfluß. (Man vergl. v. Fürth, die Ministerialen, Cöln 1836. 8.)

25) Vergl. Oberthür, meine Ansichten von der Bestimmung der Domcapitel, Würzburg 1826, 8.

26) Clem. un. de celebratione missarum. (3. 14.)

27) Sess. XXIV. cap. 12. de reform.

28) Bei den Collegiatkirchen, welche gewöhnlich minder gut dotirt sind, pflegt der Chordienst gleichfalls fortzufallen.

29) Conc. Trid. Anm. 26. cit. Damit verb. man das Ceremoniale episcoporum und die Entscheidungen der Congreg. rituum zur citirten Stelle des Trid. (in der ed. Colon. 1688 p. 445 sq.).

stitute, welche erst zum Berufe des Canonicus unter der Leitung des Scholasticus erzogen und nach einer förmlichen Emancipation (emancipatio canonica) zu Stiftsherren angenommen wurden (admissio ad capitulum). Im Gegensatze der canonici seniores, maiores, domini hießen sie iuniores, minores, domnicelli (domicelli, domicellares = Jungherren, Junker). Da begann die Auflösung der vita canonica mit einer Vertheilung der Einkünfte in so viel Portionen (praebendae, Pfründen, Beneficien), als Canonicate (wirkliche Stiftsstellen) vorhanden waren [30]), jedoch so, daß noch ein Theil des Einkommens übrig gelassen wurde (fructus super excrescentes), um zur mensa communis [31]) oder wenigstens zum gemeinsamen Gebrauche [32]) der Anwesenden (Residenz Haltenden) einzeln repartirt zu werden (distributiones quotidianae). Davon wurden die Zöglinge (panistae) mit unterhalten; zugleich aber auch öfter mehr wirkliche Canonici recipirt, als Präbenden vorhanden waren. Diese erschienen nun ebenfalls als iuniores, welche so lange, bis für sie eine präbendirte Stelle offen wurde, sich an den distributiones quotidianae mußten genügen lassen. Sie waren nur canonici in herbis, Wartherren, Beitherren [33]), im Gegensatze der canonici in fructibus et floribus, und besaßen eine Canonia im engeren Sinne [34]). In manchen Diöcesen erhielten die iuniores indessen auch förmliche, jedoch kleinere Pfründen und es wurden diese selbst in praebendae maiores, mediae et minores getheilt, welche stufenweise nach dem Alter der Anstellung durchschritten werden mußten [35]). In manchen Stiftern wurden auch bloße Exspectanten in den Canon des Instituts eingetragen.

---

30) Die Eintheilung in Präbenden wurde nicht überall üblich, wie z. B. in Troyes, c. 25. X. de praebendis (3 5.) (Innocent. III. a. 1210.), in Asti, c. 10. X. de concessione praebendae (3. 8.) (idem eod. ann.): Nec distinctae praebendae, nec canonicorum numerus diffinitus. Dieses sind daher capitula non clausa, im Gegensatze der cap. clausa; c. 8. X. de concess. praeb. (a. 1210). Vergl. besonders den oben Anm. 12 cit. Dürr §. 12 sq. §. 20 sq. (Schmidt thesaur. III. 151 sq. 185 sq.).

31) C. 29. X. de constitutionibus (1. 2.) (Innoc. III. a. 1198). Beispiele vom J. 1200 und 1215 bei Günther Codex diplom. Rheno-Moselanus T. II. p. 67, 114.

32) Diese Einrichtung bestand in vielen Bisthümern bis in die neueste Zeit, wie in Cöln, Ermland, Gnesen, Regensburg u. a.; s. auch Anm. 35.

33) C. 9. X. de constitutionibus. (1. 2.) Der Dom zu Trier S. 25.

34) Dürr (Anm. 12 cit.) §. 15. Note a. Sonst bezeichnet dieser Ausdruck das volle Recht des Canonicus, insbesondere den Anspruch auf die Präbende selbst. Siehe Du Fresne s. h. v.

35) So erklären sich die Ausdrücke canonici integrati, semi-integrati, tertionarii u. a. Vergl. Schmidt de varietate praebendarum in ecclesiis Germ. Heidelb. 1773, und in desselben thesaur. iuris eccl. T. III. diss. VI. §. IV. p. 233 sq. Die im Texte genannte Scheidung dreier Classen von Präbenden fand sich im Bisthum Oesel in Liefland (vergl. Urkunde des geh. Archivs zu Königsberg, Schiebl. LI. Nr. 1.), in der Diöcese Ermland (ebendas. Schiebl. LXVI. a. Nr. 20.). Die einzelnen Präbenden selbst waren übrigens nicht immer genau fixirt, sondern bestimmten sich nach der Größe der

Die Reservirung der fructus super excrescentes (sogenannte Massenvermögen, im Unterschiede von den Fundationsgütern) wurde vom Concil von Trient gebilligt[36]), und der Anspruch darauf von der Residenz abhängig gemacht, die fernere Ertheilung von Expectanzen aber, welche schon seit dem 12. Jahrhundert untersagt waren[37]), für unzulässig erklärt[38]), demungeachtet aber auch später observanzmäßig beibehalten[39]). Auch die Domicellaren sind in Folge des veränderten Unterrichtswesens, welches an die Seminare und Universitäten übergegangen, ganz fortgefallen.

Außer den eigentlichen Präbenden bezogen die Canonici in vielen Stiftern noch mancherlei Nebeneinkünfte (supplementa praebendarum), welche unter verschiedenen Bezeichnungen vorkommen, wie namentlich Obedientien, Oblegien (Oblaien)[40]). Ebenso gebührten ihnen eigne Amtswohnungen (Curien), welche im Fall der Erledigung durch Wahl (Option), öfter gegen eine bestimmte Abgabe für die Kirche u. s. w. (Optionsgelder) erworben wurden[41]).

Viele dieser Einnahmen bestehen noch. Im Allgemeinen und regelmäßig erhalten aber die Canonici einen festen Gehalt, welchen die neueren Concordate und Bullen genau bestimmen. Daneben gibt es dann meistens noch gewisse Leistungen für die Residirenden (Präsentiengelder (massa diurna), tägliche Hebungen (distributiones quotidianae) u. s. w. Schon früh dringen die Kirchengesetze darauf, daß Geistliche stets bei ihrer Kirche verweilen sollen[42]) und fordern dieß insbesondere

---

wechselnden Einnahme nach gewissen Renten. So war es z. B. in Ermland.

36) Sess. XXI. cap. 3. sess. XXII. cap. 3. de reform.

37) Noch im J. 1170 gestattete sie Alexander III. (c. 9. X. de praebendis. (3. 5.) Schon nach zehn Jahren verbot sie aber das Lateranconcil (c. 2. X. de concess. praebendae (3. 8.), c. 3. eod. (a. 1181), c. 19. X. de praebendis (3. 5.) (Innoc. III. a. 1211.), c. 2. 8. de concessione praebendae in VI. (3. 7.) (Bonifac. VIII. a. 1298).

38) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 19. de reform.

39) Wolfg. Schmitt de eo, quod circa exspectativas ad canonicatus ex statutis et observantiis Germaniae iustum est (in Mayer thesaur. novus iuris eccl. T. I. p. 249 sq.).

40) Dürr diss. de obedientiis et oblegiis ecclesiarum cathedralium et collegiatarum in Germania, Mogunt. 1782, und in Mayer thesaurus novus iuris eccl. T. II. p. 105 sq., besonders cap. I. §. 7. (p. 124 sq.) und cap. II. §. 9. (p. 170 sq.) die Principien. — Vergl. von den sogenannten Oblegien der vormaligen Domstifter u. s. w., in Bezug auf §. 53 und 54 des Reichsdeputationsrecesses in Hohnhorst's Jahrb. des Oberhofgerichtes zu Mannheim. I. 24 flg. Ueber die sogenannten Consolationen u. s. w. v. Spilcker und Brönnenberg, vaterländ. Archiv für hannöv.-braunschw. Gesch. 1834. H. 1. S. 37 flg.

41) Die Statuten der Stifter enthalten darüber nähere Bestimmungen. Für Ermland z. B. die handschriftlich im geh. Archive zu Königsberg befindliche: Matricula capituli Varmiensis. Ueber das Optationsrecht im Allgemeinen sehe man c. 4. X. de consuet. in VI. (1. 4.) (Bonifacius VIII. a. 1296).

42) Tit. de clericis non residentibus in ecclesia vel praebenda. (X. III. 4. in VI. III. 3.)

von den Canonikern nach der Aufhebung des gemeinsamen Lebens[43]). Eine Entfernung wird nur ex iusta causa gestattet, wozu namentlich Alter und Krankheit, Besorgung auswärtiger Geschäfte, auswärtige Studien und dergl. gehören[44]). Die älteren Gesetze bestätigte das Concil von Trient[45]) und die neueren Gesetze für die Capitel. Insbesondere ist nach dem Tridentinum eine dreimonatliche Abwesenheit in jedem Jahre als eine Ferienzeit bewilligt[46]), welche bisweilen auf vier Monate ausgedehnt wird[47]). Der ex iusta causa Abwesende wird wie ein Gegenwärtiger betrachtet (residentia ficta); doch verliert auch er meistens die täglichen Hebungen, andere selbst Theile des Beneficiums überhaupt[48]).

Außer den bisher genannten Rechten haben die Canonici auch gewisse Ehtenrechte, zum Theil als Dignitarii (s. unten), eine ausgezeichnete Kleidung, Capitelkreuze (numisma) und dergl., worüber die Statuten und besondere Verleihungen, meistens auch jetzt bestätigt, entscheiden[49]).

Die Voraussetzungen für die Aufnahme in ein Stift beruhen theils auf allgemeinen canonischen Satzungen, theils auf Observanzen und statutarischen Festsetzungen[50]).

Zunächst werden bestimmte Kenntnisse gefordert, von welchen schon früher die Entlassung aus der Zucht des Scholasters abhing. Die Capitel schrieben dann ein akademisches Studium von 1—3 Jahren vor[51]). Das Concil von Trient[52]) dringt darauf, daß wenigstens die Hälfte der Stellen mit Magistern, Doctoren oder Licentiaten der Theologie oder des canonischen Rechtes besetzt werden sollen. Jetzt wird gewöhnlich der akademische Grad verlangt[53]). Ein anderes Requisit ist das des bestimmten Ordo. Juniores mußten wenigstens die Tonsur

---

43) Viele Stellen in den Anm. 42 cit. Titeln. Dazu c. 13, 14, 28, 30, 35. X. de praebendis (3. 5.) u. a.; s. Gonzalez Tellez ad. c. 7. X. h. t. (T. III. 110 sq.), Nellen de varietate residentiarum canonicalium, Trevir. 1769, 4. (Schmidt thesaur. T. VI. n. 6.).

44) C. 1. X. de clericis aegrotantibus (3. 6.) (Gregor I. a. 592). — c. 7. 13. 14. 15. X. h. t. (3. 4.) — c. 4. 12. X. h. t. (3. 4.) u. a.

45) Sess. XXIII. cap. 1. de ref. — sess. XXIV. cap. 12. de ref.

46) Sess. XXIV. cap. 12. de ref.

47) Synod. Salisburg. a. 1569, Tit. XXIV. cap. 10. (Hartzheim Conc. Germ. VII. 280.)

48) C. 7. X. h. t. (3. 4.); vergl. c. 6. X. de constitutionibus. (1. 2.) — c. 32. X. de praebendis. (3. 5.) — c. 30. de elect. in VI. (1. 6.) — Con. Trid. sess. XXII. cap. 3. — sess. XXIV. cap. 8. de reform.

49) Ueber die Ehrenrechte des Propstes von Brandenburg gemäß des Privilegiums Cölestin's III. v. 1198 s. m. Gercken, Stiftshistorie von Brandenburg, Codex diplom. Nr. 25. S. 393 u. 394.

50) Siehe Dürr de capitulis clausis §. 17. (Schmidt thesaur. III. 169 sq.)

51) G. L. Böhmer de tempore studiorum legitimo a canonicis observando, in dessen observationes iuris canonici, VII.

52) Sess. XXII. cap. 2. — sess. XXIV. cap. 12. de reform.

53) So jetzt in Preußen nach der Bulle de salute animarum von 1821, welche für die ersten zehn Jahre davon abzusehen gestattete.

erhalten haben und 14 Jahr alt sein, für ein wirkliches Canonicat wurde aber ein ordo maior gefordert, also seit die Subdiaconen denselben erlangten, deren Weihe, folglich auch das dazu nöthige Alter von 22 Jahren. Wo möglich sollen aber alle Glieder, oder doch wenigstens die Hälfte derselben Presbyteri sein [54]). Neuere Gesetze verlangen öfter, daß der zum Canonicat Aspirirende wenigstens mehrere Jahre ein Seelsorgeramt verwaltet habe [55]). Statutenmäßig wird auch seit dem 13. Jahrhundert der alte Adel gefordert [56]). Die Päbste erklärten sich sofort dagegen [57]), doch ohne Erfolg. Die Concilien zu Costnitz und Basel verordneten daher, daß wenigstens nach jenem ein Viertheil, nach diesem ein Drittheil der Stellen mit Nichtadeligen, namentlich Graduirten besetzt würde [58]), was auch die Fürstenconcordate anerkannten und der westphälische Friede [59]) indirect bestätigte. Jetzt kommt es regelmäßig auf den Stand nicht mehr an [60]). Particularrechtlich wird auch der Indigenat vorausgesetzt [61]).

Die Reception in das Capitel erfolgte früher durch die Emancipation mit bestimmten Solennitäten, von denen sich manche bis in die neueste Zeit erhalten haben [62]). Hergebracht ist die Verpflichtung zu einem Gastmahl (pastellus, pastus, vinum admissionis, prandium statuta-

---

54) Thomassin cit. cap. 10. Clem. 2. de aetate, (1. 6.) (Clemens V. a. 1311). Synod. Trevir. a. 1227, c. 7. (Hartzheim Conc. Germ. III. 256). Coloniens. a. 1321, c. 4. (Hartzheim IV. 279). Conc. Trid. sess. XXII. cap. 4. sess. XXIV. cap. 12. de reform.

55) So die preuß. Circumscriptionsbulle, die österreich. Hofdecrete v. 22. u. 24. Oct. 1783 u. a.

56) Siehe Seuffert, Versuch einer Geschichte des teutschen Adels in den hohen Erzstiften und Domcapiteln, nebst einigen Bemerkungen über das ausschließende Recht desselben auf Dompräbenden, Erfurt 1790. Der Dom zu Trier, S. 17 flg. — Das Beispiel einer Ahnentafel, als im Jahre 1377 Burggraf Friedrich V. dem St. Gereonsstifte zu Cöln den Johannes von Schwarzenberg präsentirte, in v. Ledebur's Archiv für Geschichtskunde des preuß. Staats, Bd. IV. H. 1. Nr. 4. S. 70—73.

57) C. 37. X. de praebendis (3. 5.) (Gregor IX. a. 1232).

58) Conc. Constant. opera Herm. v. d. Hardt I. 637. not. mmmm. Conc. Basil. sess. XXXI. cap. 3. Wegen des tridentinischen Concils siehe die cit. Anm. 52.

59) J. P. O. art. V. §. 17: Opera detur, ne nobiles patricii, gradibus academicis insigniti aliaeque personae idoneae, ubi id fundationibus non adversatur, excludantur, eine Stelle, deren Deutung insbesondere wegen der Ausdrücke nobiles patricii, die Manche durch ein Comma trennen, bestritten ist. Vergl. Pütter, Geist des westphäl. Friedens, S. 418.

60) So heißt es in der Bulle für Preußen, de salute animarum: Cuiuscunque conditionis ecclesiasticos viros aequali iure ad dignitates et canonicatus obtinendos gaudere debere decernimus.

61) So in Oesterreich früher in Preußen (Cabinetsordre vom 31. März 1783). Jetzt auch nach dem Concordate für Bayern, der Circumscriptionsbulle für Hannover u. a.

62) Vergl. Dürr de capitulis clausis §. 18. (Schmidt thesaur. III. 178 sq.). J. H. Böhmer ius eccl. Prot. III. 4. §. 6. (III. 217 sq.). Ueber den sogen. Kappengang (Capitelgang, eine Art Spießruthenlauf) in Würzburg s. m. Wiese, Handbuch des Kirchenrechtes, II. S. 276.

rium)[63]) oder der Entrichtung einer Abgabe (Receptionsgelder)[64]), oder es besteht eine Carenszeit[65]), oder ein Noviciat (Klosterjahr), während dessen nicht alle Hebungen gezogen werden können[66]). Eine allgemeine Vorschrift ist die Ablegung des Glaubensbekenntnisses innerhalb zweier Monate nach der Aufnahme[67]).

b) Vom Rechtsverhältnisse des Capitels im Ganzen.

Das Stift enthält als kirchliche Corporation ein Capitel[68]), gebildet von den stimmfähigen Gliedern. Bereits im älteren Presbyterium standen dem Bischofe besondere Beamtete zur Seite: der erste der Diaconen als Archidiaconus, der erste der Presbyteren als Archipresbyter[69]) der Primicerius, mit der Aufsicht über die Acoluthen, Exorcisten, Psalmisten und Lectoren und der Leitung der diesen übertragenen Functionen[70]), der Thesaurarius (Sacrista) mit der Oberaufsicht über die dem Ostiarius obliegenden Pflichten, insbesondere der Sorge für den Kirchenschatz[71]), der Custos mit der Inspection über die heiligen Gefäße und den Kirchenornat[72]). Diese Aemter behielt Chrodogang bei, als er das Presbyterium in ein Capitel verwandelte, modificirte sie aber nach der von ihm für die vita canonica befolgten klösterlichen Einrichtung. Der Archidiaconus wurde deshalb Propst (praepositus, prior)[73]), der Archipresbyter Decanus[74]). Der Pri-

---

63) Siehe J. H. Böhmer ad c. 3. C. I. qu. II. u. ad c. 44. X. de simonia. (5. 3.)

64) Ungeachtet des Verbotes in c. 1. 44. X. de simonia (5. 3.) rechtfertigt dergleichen Abgaben Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. XI. c. 3. Dagegen s. m. auch Conc. Colon. a. 1536, P. III. c. 22. (Hartzheim Conc. Germ. VI. 264.)

65) In Beziehung auf fructus grossi gestattete diese die Synod. Atrebatensis v. 1570, c. 18. (Hartzheim Conc. Germ. VIII. 266.), wenn sie für eine pia causa, nicht aber, wenn sie für die übrigen Glieder des Capitels verwendet werden. Ganz abgeschafft sind dergleichen Abgaben in Oesterreich durch Hofdecret vom 16. August 1787. Vgl. überhaupt Dürr de annis carentiae canonicorum ecclesiarum cathedr. et colleg. in Germania, Mogunt. 1772, (bei Schmidt thesaur. T. VI. Nr. 5. p. 204 sq.).

66) So war es im Ermlande bis zur neuesten Zeit.

67) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 12 de reform.

68) Der Name erklärt sich schon aus Chrodogang's Regel cap. 8: Ut canonici quotidie ad capitulum conveniant, ubi aliquod regulae caput legendum.

69) Vergl. diese Art. im Rechtslexikon Bd. I. S. 428 flg. S. 431 flg.

70) C. 1. §. 13. dist. XXV. (Isidorus Hispal. a. 633); c. un. X. de officio primicerii (1. 25.) (ex libro Romani ordinis).

71) C. 1. §. 14. dist. XXV. c. un. X. de officio sacristae (1. 26.) (ex Conc. Tolet. a. 633).

72) C. 1. 2. X. de officio custodis (1. 27.) (ex libro Rom. ord. und Conc. Tolet.). Die Aemter des Custos und Thesaurarius fielen häufig zusammen, daher ihnen in den Quellen zum Theil gleiche Geschäfte übertragen sind. Er wird daher auch allein mit dem Archidiaconus und Archipresbyter in c. 2. X. cit. genannt (tres ecclesiae columnae).

73) Reg. Chrodog. c. 10. 25. de archidiacono vel praeposito. Vergl. c. 9. X. de V. S. (5. 40.) (Isidor. Hispal. a. 630).

74) Beide Ausdrücke gleichbedeutend in c. 1—3. dist. LX. (a. 1095,

micerius und Sacrista [75]) sind gleichfalls beibehalten, außerdem aber noch besonders der Scholasticus zum Unterrichte [76]), der Cellerarius zur Aufsicht über Kirche und Keller, und der Portarius als Pförtner und Armenpfleger hervorgehoben [77]).

Das Verhältniß aller dieser Beamten entwickelte sich nach der Auflösung des gemeinschaftlichen Lebens bestimmter, in den einzelnen Stiftern aber verschieden. Insbesondere gelangten einzelne von ihnen wegen des Besitzes einer wirklichen Jurisdiction zu einer Dignität (dignitas, praelatura) und wurden an den Cathedralen dignitates maiores, an den Collegiatkirchen dignitates schlechthin, andere erhielten ein blos persönliches Ehrenamt (personatus) [78]). Jetzt haben in den Domcapiteln der größeren Territorien Teutschlands nur der Propst und Decan, in den kleineren Staaten nur der Decan die Dignität, in den Collegiatstiftern erscheint regelmäßig nur Eine Dignität, die des Propstes.

Der Propst (Dompropst an den Cathedralen) ist mit der Verwaltung der Temporalien (daher praepositus in foro), der Decan (Dechant, Domdechant) mit der der Spiritualien (decanus in choro) im Allgemeinen beauftragt [79]). Die Annahme, daß das geistliche Object den Vorzug vor dem weltlichen habe, veranlaßte über den Rang beider Prälaturen bisweilen Streitigkeiten [80]), welche aber zu Gunsten des Propstes meistens endeten. In manchen Stiftern wurden die Pröpste aber so von der Verwaltung des Kirchengutes in Anspruch genommen, daß sie sich den übrigen capitularischen Geschäften entzogen und öfter selbst nicht Residenz hielten [81]). Daher kam dann die obere Leitung des Capitels an den Decan, welcher deshalb auch in einzelnen Stiftern als die einzige Dignität erscheint.

1125, 1139). Vergl. auch die im Artikel Archipresbyter S. 432, Anm. 7 cit. Stellen.

75) Ueber die mit diesem nicht zu verwechselnden Clavigeri oder Cytherherren vergl. Stock in v. Ledebur's Archiv für Geschichtskunde des preuß. Staates, Bd. X. H. 2. Nr. 10.

76) C. 12. dist. XXXVIII. (Augustin. c. a. 398). Dürr de capitulis clausis §. 9. (bei Schmidt thesaur. III. 140. 141.). J. Ern. Floercke de canonico scholastico. Jena 1731. Vergl. die unter Anm. 84 und 86 cit. Stellen.

77) Reg. Chrodog. c. 26. 27. Reg. Aquisgran. c. 140. 141.

78) Die bloßen personatus sind nicht mehr dignitarii, doch wird das Prädicat dignitas nach der Gewohnheit auch auf Aemter bezogen, welche nur personatus sind. M. s. z. B. von den praecentores (cantores) c. 8. X. de rescriptis (1. 3.) (Lucius III. a. 1179), c. 6. X. de consuetudine (1. 4.) (Innoc. III. a. 1208), neben den decanis und archidiaconis. In c. 8. X. de constitut. (1. 2.) (Innoc. III. a. 1207) wird dem primicerius ein personatus beigelegt.

79) Siehe J. H. Böhmer ad c. 46. X. de appellationibus (2. 28.) not. 94.

80) Siehe Binterim, Denkwürdigkeiten, III. 362, 363.

81) Vergl. die Beispiele bei Schmidt in dessen thesaurus iuris eccl. III. 730. 731. Die Propstei wurde deshalb öfter ein bloßer Personat, wie in Oesterreich. (Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe, I. 323.)

Unter den übrigen Canonicaten, deren Zahl die neueren Circumscriptionsbullen für jede Diöcese festgesetzt haben, sind noch der Theolog und Pönitentiarius besonders zu bemerken. Schon Alexander III. verordnete im Lateranconcil 1179, daß an jeder Cathedrale ein Beneficium für einen Geistlichen zur Belehrung des Clerus und des Volkes frei bliebe [82]). Innocenz III. erneuerte diese Vorschrift im Jahre 1216, erklärte aber, daß der Theolog dadurch nicht Canonicus werde [83]). Diese Festsetzung ist auch späterhin wiederholt bestätigt worden [84]), und die Stelle des Theologen bald mit einem wirklichen Canonicate [85]), bald aber nur mit einer Vicarie verbunden. Dasselbe gilt vom Pönitentiarius. Zur Stellvertretung in seinem Beichtamte bediente sich der Bischof schon früh eines besonderen Geistlichen (coadiutor et cooperator) [86]), dessen Anstellung allgemeiner das Concil von Trient anordnete [87]). Diese Einrichtung ist in den Capiteln jetzt überhaupt getroffen worden [88]).

Zum Stifte gehörten auch schon früher Ehrencanonici, welche ein Titularcanonicat besaßen [89]). Jetzt sind namentlich in Preußen, hin und wieder auch in anderen Ländern [90]), dergleichen eingesetzt worden. Außerdem finden sich in den Stiftern auch Vicarien (an den Cathedralen Domvicare). Dergleichen wurden seit dem 12. Jahrhundert zur Erhöhung des Chordienstes und zur Aushilfe im Gottesdienste, auch wohl zur Stellvertretung der Canonici [91]) angenommen. Sie erhielten nun ein förmliches Beneficium (vicaria) [92]), weshalb die höheren

---

82) C. 1. X. de magistris. (5. 3.)

83) C. 4. X. eod.

84) C. 5. X. eod. (Honor. III. a. 1220). Conc. Basileense sess. XXXI. c. 3. Conc. Trid. sess. V. cap. 1. sess. XXIII. cap. 18. de ref.

85) Daher ist die Präbende des fortgefallenen Scholasticus dem Theologen öfter zu Theil geworden. (Siehe J. H. Böhmer ad c. 4. X. cit. not. 95.)

86) C. 15. X. de off. iudicis ordinarii. (1. 31.) (Innoc. III. a. 1215.)

87) Sess. XXIV. cap. 8. de reform.

88) Man sehe z. B. das bayer'sche Concordat Art. XII. und die meisten Circumscriptionsbullen.

89) So war der Kaiser Ehrendomherr in mehreren Capiteln. Vergl. besonders Zindel de ecclesiis cathedralibus §. XXXIII. (in Mayer thesaur. iuris eccl. I. 67. 68.). Dazu Pfeffinger Vitriarius illustratus I. 401. In den polnischen Bisthümern hatten die Ordinarii das Recht, würdigen Geistlichen solche Canonicate zu ertheilen. Ein preuß. Rescript vom 3. Oct. 1801 machte diese Befugniß von der Genehmigung der Staates abhängig.

90) So in Oesterreich gemäß Hofentschl. vom 8. Dec. 1788 (Helfert, Anm. 81 cit. S. 321, 352), in Kurhessen (Multer, die Ungiltigkeit der in Fulda unternommenen Bischofswahl, Marburg 1832). In Preußen sollen sie besonders aus der Zahl der Archipresbyteri (Landdechanten) genommen werden. Auch gibt es einige canonici honorarii nati, wie für Breslau den Propst der Hedwigskirche in Berlin, der Landdechant von Glatz u. a.

91) Stehende Vicare für die Canonici zu bestellen verbot 1250 die Synode zu Lüttich. (Hartzheim Conc. Germ. III. 582.)

92) Vgl. Tit. de officio vicarii X. 1. 28. S. Conc. Mogunt. a. 1549, cap. 70. (Hartzheim VI. 583.)

Weihen und Residenz von ihnen gefordert wurden [93]). Insbesondere finden sich öfter Vicare des Custos zur Seelsorge an der Stiftskirche unter dem Titel Subcustos und daneben noch ein Dompfarrer an der Cathedrale, sowie ein Vicarius als Magister zur Unterstützung des Scholasticus [94]). In den neu begründeten Stiftern sind mehrere Vicare bestellt, die aber nicht als eigentliche Stellvertreter der Canonici, sondern zur Wahrnehmung der Seelsorge bestimmt sind. Bisweilen haben aber auch Pfarrer an anderen Kirchen die Seelsorge für das Capitel [95]).

Der Rang der Canonici richtet sich im Allgemeinen nach der Dignität, nächstdem nach dem Alter der Reception [96]).

Die Capitel selbst dienen theils zur Repräsentation des ganzen Diöcesanclerus [97]), theils bilden sie besondere moralische Personen, welche wie eine Corporation überhaupt wirken [98]). Daher gebührt ihnen

1) das Recht der Autonomie, vermöge deren sie in ihrem Kreise die erforderlichen Anordnungen treffen und Gesetze (Statuten) erlassen [99]). Insofern die Statuten das Interesse des Bischofs mit berühren, ist dessen Consens [100]), sowie unter Umständen die Genehmigung des Staates erforderlich.

---

93) Vgl. Conc. Coloniense a. 1310, c. 15. (Hartzheim IV. 123.). Conc. Colon. a. 1536, P. III. c. 11. (eod. VI. 261.). Conc. Colon. a. 1549 (eod. VI. 545.). In der letzten Stelle werden sie capellani aut chorisocii genannt.

94) Siehe Schmidt thesaur. iur. eccl. III. 99. not. *******.

95) Das erste ist in der Bulle für Preußen, das zweite in der für die oberrheinische Kirchenprovinz vorgeschrieben. In Oesterreich sollen nach dem Hofdecret vom 21. August 1786 Priester, welche bereits mit Pensionen versehen sind und zur Seelsorge nicht mehr tauglich erscheinen, als Domvicare bestellt werden.

96) C. 15. X. de maioritate et obedientia (1. 33.) (Gregor IX. a. 1228), verb. mit c. ult. X. de constitutionibus (1. 2.) (idem a. 1230).

97) In vielen Diöcesen wurden daher nur die Canonici zu den Synoden convocirt und deren Schlüsse dann der übrigen Geistlichkeit mitgetheilt. Manche früher von den Synoden geübte Rechte besitzen darum auch jetzt die Capitel. Aus ihnen werden die Synodalexaminatoren gewählt, die Prosynodalrichter u. s. w.

98) Man vergl. Hommel de capitulis ecclesiarum cathedralium et collegiatarum, in den rhapsod. quaestionum. observ. 532. (T. IX. p. 101 sq.)

99) Schmidt de imperatore statutorum in ecclesiis Germanicis protectore. Heidelb. 1772 (in dessen thesaurus III. n. 7. p. 340 sq.). Gregel diss. de re statutaria. Herbipol. 1796, 4. Gaertner de iure capitulorum Germaniae condendi statuta. Salisburg. 1794. Vergl. Eichhorn, Kirchenrecht, II. 32 flg. Das Recht selbst ist früher (s. z. B. c. 6. 8. 9. X. de constitutionibus (1. 2.) c. 9. X. de rescriptis (1. 3.) u. v. a. und auch jetzt anerkannt (in den neuen Errichtungsbullen). Ein Verzeichniß der wichtigeren Statuten bei Schmitt diss. de eo, quod circa exspectativas etc. iustum est. §. XXXIV. (Mayer thesaur. iur. eccl. I. 285 sq.). Dazu kommen noch die in Mayer's thesaurus selbst, die von Trier von 1595, 1652 flg. und: der Dom zu Trier S. 49 flg. 106 flg. u. a.

100) Siehe Gonzalez Tellez ad c. 9. X. de consuetudine (1. 4.) Nr. 10. (T. I. p. 199). Im Allgemeinen spricht sich darüber die Circum-

2) Die Disciplinargewalt über die einzelnen Glieder, in verschiedenem Umfange nach der Gewohnheit und den Statuten. Insbesondere pflegt eine theilweise Entziehung der Einkünfte üblich zu sein [101]), bisweilen selbst eine förmliche iurisdictio coercitiva einzutreten [102]). Dabei wirkt in verschiedener Weise der Bischof mit, dessen Aufsicht im Allgemeinen hergebracht ist [103]).

3) Die Ausübung sonstiger Corporationsrechte, wie die Vermögensverwaltung, wobei es vielfache Privilegien zu geben pflegt [104]), die Bestellung von Beamten, insbesondere eines Syndicus [105]), das Recht auf ein eignes Siegel mit publica fides [106]), das Patronatrecht in gewissem Umfange [107]), die Befugniß zu eignen Versammlungen u. a. m.

Seine Gerechtsame übt das Capitel theils durch die dazu bestellten Mitglieder (s. oben), theils nach der Reihe (per turnum), daher der, den die Reihe trifft, turnarius, auch wohl hebdomadarius, wenn die Verwaltung von Woche zu Woche wechselt, heißt [108]), theils durch das Collegium im Ganzen (capitulariter). Nach den besonderen Statuten tritt das Capitel regelmäßig an gewissen Tagen zusammen (öfter quartaliter, als Generalcapitel), und wird außerdem bei besonderer Veranlassung berufen (Specialcapitel). Alle residirenden ordentlichen Mitglieder sind zu convociren, in wichtigen Fällen aber auch die nicht zu entfernten abwesenden, namentlich bei der Wahl eines Vorstehers [109]), insbesondere des Bischofs, bei der Wahl oder Aufnahme eines neuen Mitgliedes [110]), bei der Hemmung des Gottesdienstes (cessatio a divinis) [111]) oder wo es sonst die Observanz mit sich bringt. Ist dage-

---

scriptionsbulle für Preußen aus: Cuilibet — — ex capitulis cathedralibus — statuta et ordinationes et decreta — sub praesidentia, inspectione et approbatione — Episcoporum edere atque edita declarare etc.

101) C. 4. 8. X. de clericis non residentibus (3. 4.) (Innoc. III. a. 1212). Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 12. de reform.

102) Siehe Gonzalez Tellez ad c. 5. X. de consuetudine (1. 4.) Nr. 5. (T. p. 187). Vergl. folg. Anm.

103) C. 15. X. de officio iudicis ordinarii (1. 31.) (Innoc. III. a. 1215). Conc. Trid. sess. XXV. cap. 6. de reform.

104) Vergl. preuß. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 1026.

105) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 1029.

106) C. 14. X. de excessibus praelatorum (5. 31.) (Honor. III. a. 1225). Siehe J. H. Böhmer de iure et auctoritate sigilli authentici. Halae 1742. — Bisweilen hatte auch der Propst und Decan ein eignes authentisches Siegel.

107) Im Ermlande sind die Kirchen zwischen dem Bischofe und Capitel getheilt, was sich aus der bei allen Diöcesen der Provinz Preußen gleich Anfangs beliebten Theilung der Diöcese in das Gebiet des Bischofs und Capitels herschreibt.

108) Probst turnarius ecclesiarum Germaniae seu historia turni ecclesiastici etc. Bamberg 1783. — Des hebdomadarius gedenkt die Synodus Tridentina v. 1336, cap. 8. (Hartzheim Conc. Germ. T. IV. p. 641.) Vgl. Du Fresne s. h. v.

109) C. 18. 28. 42. X. de electione. (1. 6.)

110) C. 33. de praebendis in VI. (3. 4.)

111) C. 8. de officio ordin. in VI. (1. 16.)

gen gehandelt, so kann der Uebergangene den Schluß anfechten, und nur bei nachträglicher Einwilligung kann derselbe aufrecht erhalten werden[112]). Abwesende, die am persönlichen Erscheinen gehindert sind, können durch einen Procurator, nicht aber schriftlich mitstimmen[113]). Im Allgemeinen ist die Gegenwart von zwei Drittheilen der Mitglieder nothwendig[114]) und, damit ein Schluß bindende Kraft gewinne, die Majorität der Stimmenden[115]). Bei der Wahl muß diese absolut (nicht relativ) sein[116]), bei der des Propstes, Coadjutors und der Concurrenz eines Postulabilis und Eligibilis, wenn jener erkoren werden soll, sind zwei Drittheile der Stimmen[117]) erforderlich, und wenn ein Concluſum in der bisherigen Verfassung etwas zum Nachtheil der Minderzahl ändern oder überhaupt iura singulorum betreffen würde, wird Unanimität nothwendig[118]). Im Allgemeinen ist vorauszusetzen, daß der größere Theil auch der vernünftigere sei (pars maior et sanior)[119]). Sollte dieß aber in einem einzelnen Falle nicht sein, so kann die pars minor den Schluß anfechten[120]) und es geht daher der von dieser Gewählte dem von der pars maior in demselben Scrutinium Erkorene, wenn er unwürdig ist, vor[121]). Ueber die ganze Verhandlung wird ein Protokoll (acta capitularia) geführt, welches eigentlich von allen Votanten unterzeichnet werden soll. Die Ausfertigungen unterschreibt aber der Dirigent (Propst oder Dechant) und der nächste Canonicus.

Was insbesondere die Domcapitel betrifft, so ist deren Verhältniß zum Bischofe noch näher zu berücksichtigen. Dabei sind die Fälle zu sondern, wenn der bischöfliche Stuhl besetzt und der Bischof in voller Function ist, wenn derselbe in seiner Amtsthätigkeit gehindert ist und wenn die Stelle selbst erledigt worden. Es entscheiden hierüber theils allgemeine Satzungen, theils Verträge und Observanzen. Die Verträge (Capitulationen)[122]) wurden besonders seit der

---

112) C. 28, 36. X. de electione. (1. 6.)

113) C. 42. §. 1. X. de electione. (1. 6.) — c. 46. eod. in VI. (1. 6.)

114) Siehe L. 3. D. de decretis ab ordine faciendis. (50. 9.) Die Canonisten sind aber nicht einig, ob dieß stets oder nur bei gewissen Angelegenheiten erforderlich sei. (Siehe Gregel de re statutaria p. 18. Neller de sacrae electionis processu §. V. n. 13. Schmidt thesaurus iuris T. II. p. 717.)

115) C. 1. 4. X. de his, quae fiunt a maiori parte capituli. (3. 11.)

116) C. 42. 48. 50. 55. X. de electione. (1. 6.) Wenn also 15 stimmen, sind 8 Vota erforderlich, wenn sich die Votirenden in 6, 5 und 4 Stimmen getheilt haben.

117) C. 6. X. de electione. (1. 6.) — c. un. de clerico aegrotante, in VI. (3. 5.) c. 40. X. de electione. (1. 6.)

118) C. 6. X. de constitutionibus. (1. 2.) — c. 29. de R. J. in VI. (5. 13.)

119) Daher ist in den Quellen so oft von pars maior et sanior die Rede.

120) C. 1. X. de his quae fiunt a maiori parte capituli. (3. 11.) verb. c. 57. X. de electione. (1. 6.)

121) C. 53. X. de electione. (1. 6.)

122) Vergl. die literärischen Nachweisungen in Pütter, Literatur des

Zeit eingegangen, als die Wahl des Bischofs den Capiteln zugesprochen ward [123]) und diese sich mannigfache Begünstigungen zu erwerben suchten.

1) Ist der Bischof in voller Wirksamkeit (sedes plena non impedita), so erscheint das Capitel, sowie früher das Presbyterium, im Allgemeinen als sein Senat, dessen Rath er benutzen soll [124]). Indessen haben im Verlaufe der Zeit die Bischöfe die meisten Angelegenheiten selbstständig durch eigne Behörden entscheiden lassen und sind durch das gemeine Recht nur in bestimmten Fällen an den Rath, oder selbst an den Consens des Capitels gebunden. Die freiere Stellung der Ordinarii ist durch die neueren Erectionsbullen bestätigt worden, und so kommt es jetzt besonders auf die Angelegenheiten an, bei welchen die Einwilligung des Capitels erforderlich ist, nämlich bei solchen, welche die ganze Diöcese betreffen, wie bei der Erhebung neuer Abgaben, bei der Begründung von allgemeinen Rechten und Pflichten [125]), dann bei solchen, welche wesentlich das Interesse des Capitels mit berühren, wie bei Aenderungen mit den Präbenden, bei Alienationen u. s. w. [126]), und selbst bei solchen, welche für einzelne Kirchen oder Geistliche von der höchsten Bedeutung sind, wie bei Innovationen von Beneficien, bei Untersuchung und Bestrafung gröberer Delicte u. a. m. [127]). Näheres bestimmen öfter die Particularrechte, welche dann, ebenso wie z. B. das bayersche Concordat Art. 3., die Fälle, in denen es der Zuziehung des Capitels bedarf, beschränken [128]). Uebrigens kann sich der Bischof zweier Canonici bleibend als Räthe und Gehilfen bedienen (canonici a latere) [129]).

---

teutschen Staatsrechtes, Bd. III. §. 1463. S. 686, und Klüber's Fortsetzung IV. S. 531, 532. Beispiele unter anderen von 1252 mit dem Bischof von Nassau (Hansitz Germania sacra I. 391.), von 1383 mit dem Erzbischofe von Magdeburg (Ludewig reliquiae manuscriptorum XII. 471.), von 1411 mit dem Bischofe von Würzburg (Lünig spicilegium eccles. II. 969.).

123) Als Regel erkennt diese Befugniß das Concordatum Calixtinum 1122 an, welches wiederholt bestätigt wurde. Man sehe z. B. c. 3. in fin. X. de causa possess. (2. 12.) (Innoc. III. a. 1206): Secundum statuta canonica electiones episcoporum ad cathedralium ecclesiarum clericos regulariter pertinere noscuntur, nisi alibi secus obtineat de consuetudine speciali. Man vergl. noch im Rechtslexikon den Art. Bischof, Anm. 18 flg.

124) C. 4 u. 5. X. de his quae fiunt a praelato sine consensu capituli. (3. 10.)

125) C. ult. X. h. t. (3. 10.) c. 6. eod.

126) C. ult. X. h. t. — c. 8. X. de constitutionibus. (1. 2.) — c. 33. de praebendis in VI. (3. 4.) — c. 7. X. h. t. — c. 2. X. de donationibus. (3. 24.)

127) C. 4. 8. 9. X. h. t. (3. 10.) Clem. 2. de rebus eccl. non alienandis. (3. 4.) Conc. Trid. sess. XXIV. cap. 15. de reform. — c. 1. X. de excessibus praelatorum. (5. 31.)

128) Man vergl. das preuß. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 1031 flg. Im Concordate heißt es: Dignitates et canonici omnes, praeter Chori servitium, archiepiscopis et episcopis in administrandis dioecesibus suis a consiliis servient. Archiepiscopis tamen et episcopis plane liberum erit ad specialia munia et negotia officii sui illos pro beneplacito applicare.

129) Vergl. Conc. Trid. sess. XXI. cap. 9. de reform. Gonzalez Tellez ad c. 4. X. de clericis non residentibus. Nr. 6. (T. III. 111.)

2) Ist der Bischof an der Amtsverwaltung verhindert (sedes impedita)[130], so muß man unterscheiden, ob dieß vollständig der Fall ist (sedes impedita generalis) oder nicht (sedes impedita partialis, secundum quid). Im letzteren Falle, wenn der Bischof krank ist u. s. w., tritt ein Coadjutor ein[131]. Im ersteren Falle ist dagegen eine Quasivacanz vorhanden und der Bischof ist gewissermaßen bürgerlich todt[132]. Das Capitel übernimmt daher die Verwaltung, bis der Bischof wieder wirksam oder anderweitig für die Stelle gesorgt ist, insbesondere ein Administrator bestellt worden, welcher dann gleichfalls die Jurisdictionsrechte des Bischofs ausübt, die Pontificalien aber nur dann, wenn er selbst Bischof ist[133].

3) Ist die Stelle wirklich erledigt (sedes vacans)[134], so trat Anfangs das Presbyterium, seit dem 4. Jahrh. ein Interceſſor oder Visitator ein[135]. Später fiel die Verwaltung überhaupt an das Capitel[136]. Nach der Vorschrift des Concils von Trient[137] soll aber das Capitel innerhalb acht Tagen einen Administrator (Generalvicarius), oder auch einen Vicarius und Oekonomen erwählen. Im Falle der Negligenz devolvirt das Recht dazu bei einer Suffragankirche auf den Erzbischof, bei einer Metropolitankirche auf den ältesten Suffraganbischof, bei einer exemten Kirche auf den nächsten Bischof. Sobald der neue Bischof eintritt, ist ihm von der bisherigen Verwaltung Rechenschaft zu geben, und es werden ihm die Diöcesanacten und sonstigen Verhandlungen ausgeliefert[138].

---

130) Siehe J. H. Böhmer de iuribus capituli sede impedita. Halae 1704 und 1717, 4. Das Metropolitandomcapitel zu Cöln in seinem Rechte, Cöln 1838, 8.

131) Darüber wird specieller im Artikel Coadjutor die Rede sein. Vgl. inzwischen c. 5. X. de clerico aegrotante. (3. 6.) (Innoc. III. a. 1208); c. un. eod. in VI. (3. 5.) (Bonifac. VIII. a. 1298). Conc. Trid. sess. XXV. cap. 7. de ref.

132) Ueber diesen Begriff sehe man besonders die Anm. 130 cit. Schrift über Cöln.

133) C. 3. de supplenda negligentia praelatorum, in VI. (1. 8.) (Bonifacius VIII. a. 1299). Dazu vergl. man Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XIII. cap. XVI. §. 11. Insbesondere kann auch die Licenz zur Ordination ertheilt werden; c. 3. de temporibus ordinationum in VI. (1. 9.) (Bonifacius VIII. a. 1299). Vergl. Leonh. Seiz von dem Rechte des Domcapitels während der Sedisvacanz weihen zu lassen, Amberg 1833. Daß die Jurisdictionsrechte, jedoch mit Ausnahme der Veräußerung von Grundstücken, vom Administrator geübt werden können, erklärt c. 42. de electione in VI. (1. 16.) (Bonifacius VIII. a. 1299).

134) Siehe die Literatur in Pütter's Lit. des Staatsrechtes, Bd. III. §. 1461. S. 685. Klüber's Fortsetzung Bd. IV. S. 528, 529.

135) C. 22. C. VII. qu. I. (Conc. Carthag. V. c. 401.) — c. 19. 16. dist. LXI. (Gregor. I. a. 595, 603).

136) Siehe die cit. Anm. 133. Vergl. c. un. ne sede vacante aliquid innovetur, in VI. (3. 8.)

137) Sess. XXIV. cap. 16. de reform.

138) Daß weder im Falle der sedes plena, noch vacans das Capitel bischöfliche Verwaltungsgegenstände zu übernehmen habe, erklärt das Circular-

2) In der evangelischen Kirche[139]).

Durch die Reformation wurden viele Stifter aufgehoben und zu anderen kirchlichen Zwecken verwendet, nicht wenige dauerten aber fort, da die Reformatoren deren Fortbestehen nicht schlechthin mißbilligten[140]) und überdieß dem Adel daran lag, die Ansprüche auf die Stiftsstellen auch ferner aufrecht zu erhalten. Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts wurde überhaupt nicht mehr so viel säcularisirt und die seitdem von den Evangelischen in Besitz genommenen Stifter, insofern sie dieselben am 1. Januar 1624 inne hatten, ihnen durch den westphälischen Frieden zuerkannt[141]). Bis zu Anfang des jetzigen Jahrhunderts dauerte im Ganzen der alte Zustand fort, dann folgten noch anderweitige Säcularisationen.

Der Charakter der evangelischen Stifter, sowohl Dome, als Collegiatcapitel, mußte nach evangelischem Princip ein anderer, als der der katholischen werden. Das kirchliche Moment trat mehr in den Hintergrund und sie wurden im Wesentlichen eigentliche Versorgungsanstalten. Die Einrichtung selbst gestaltete sich verschieden, nach besonderen Verträgen und Statuten. Wo diese fehlen oder nicht ausreichen, kommen die Bestimmungen von Particularrechten und das gemeine canonische Recht zur Anwendung[142]).

Die Mitglieder der Stifter sind theils Canonici, theils Vicare, theils Domicellare, deren Verhältniß mit dem der katholischen übereinstimmt, die aber an sich durchaus von diesen verschieden sind. Zwa sind die Ansichten über die eigentliche Bedeutung der evangelischen Canonici getheilt[143]), mit Grund kann man sie aber für kirchliche nich geistliche Personen (personae ecclesiasticae in specie) erklären[144] Statutenmäßig kann aber die Verpflichtung zur Ordination für d Aufnahme in ein Capitel hergebracht sein, wovon jedoch gegen En

---

rescript des preuß. geistl. Ministeriums v. 17. Juli 1832 (v. Kamptz, Annalen 1832, Heft 3, S. 647, 148), und geht somit weiter, als das gemei Recht.

139) Vergl. Pinder über die evangelischen Dom- und Collegiatcapit in Sachsen, Weimar 1820. 8. C. L. Stieglitz, das Recht des Hochstift Meißen und des Collegiatstiftes Wurzen, Leipzig 1834. 8. Weber, sächsisches Kirchenrecht, Bd. 1. Th. 1. S. 135 flg.

140) Siehe Seckendorf historia Lutheranismi lib. III. c. 138. Nr. 13. Vergl. schmalkald. Artikel P. II. art. 2.

141) J. P. O. art. V. §. 25.

142) Man s. J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. I. §. 35 sq.

143) Nach Manchen sind sie Geistliche (Pertsch elementa iuris can. lib. I. §. CCXCVII. not. *); §. CCCCLXXXVI.), nach Anderen Weltliche (Laien). (Pfaff, akadem. Reden über das Kirchenrecht, S. 544.) Cramer, Nebenstunden Th. IV. Abh. 6. S. 118: Selbige sind amphibia, ja mehr pro laicis, als clericis zu achten.

144) G. L. Böhmer principia iuris can. §. 441. Canonici evangelici ordines suscipere non tenentur, quoniam ex ecclesiae principiis nemo ordinandus est, nisi ministerii obeundi causa; hinc non tam clerici sunt, quam potius personae ecclesiasticae. Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. I. S. 697. Bd. II. S. 627. Vgl. J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXV. §. 14.

richtung einer Abgabe (Ordensgeld) dispensirt wird. Die Verpflichtung zur Ehelosigkeit besteht im Allgemeinen nicht[145]) und ebenso ist der Chordienst fortgefallen[146]), bisweilen aber auch beibehalten[147]). Nach Statuten wird auch Residenz gefordert, insbesondere die des ersten Jahres (Noviciat, Klosterjahr)[148]), und es hängt dann davon der Anspruch auf Präsentiengelder ab. Die Ertheilung von Exspectanzen ist ziemlich allgemein üblich[149]). Die Befugnisse gehen auch in den evang. Stiftern auf den Genuß der Pfründe, welche in größere und kleinere zerfallen, zum Theil aber Erbpräbenden sind[150]), auf die Stimme im Capitel und verschiedene Ehrenrechte (Kleidung, höherer Gerichtsstand und dergl.).

Die Voraussetzungen für die Aufnahme sind, die den Orde betreffenden ausgenommen, dieselben, wie in der katholischen Kirche und näher durch die Statuten vorgezeichnet[151]), insbesondere ist die Forderung des hohen Adels, eines bestimmten Alters (21, 25 Jahre), des akademischen Studiums u. s. w. hergebracht.

Auch die Verfassung der evang. Capitel schließt sich regelmäßig der Organisation der katholischen an. An der Spitze steht meistens ein Propst und Dechant. Auch finden sich die übrigen Aemter, von denen das des Scholasters öfter mit einer Professur an der Landesuniversität verbunden ist[152]). Die Capitel bilden Corporationen und haben daher die Rechte derselben, in ähnlicher Weise wie dies oben nachgewiesen ist. Durch die Stellung zu den Landesherren pflegen sie aber beschränkter zu sein. Von Bedeutung war hierbei der Unterschied der reichsunmittelbaren und der landsässigen Stifter. Die Vorsteher jener (wie in Lübeck, Osnabrück (darüber s. m. noch unten), Strasburg u. a.) erschienen als Fürstbischöfe und besaßen das Kirchenregiment, wie sonst die Landesherren als evangelische Bischöfe. Ihr Verhältniß zum Capitel war meist vertragsmäßig festgestellt (durch Capitulationen)[153]), und die Verfügungen über Grundstücke u. s. w. so, wie in der katho-

---

145) Doch kommen Ausnahmen vor. Siehe J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. III. §. 27.

146) Ausdrücklich verwirft denselben die Confessio Helvetica I. art. 23.

147) So nach einem besonderen Statute vom 6. August 1652 in Magdeburg [illegible] m.

148) J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. IV. §. 5. 8. 10. 14. 46 sq.

149) J. H. Böhmer cit. lib. III. tit. VIII. §. 9 sq. Preuß. Landr. Th. II. Tit. XI. §. 1227 flg.

150) So gab es z. B. zwei Majorerbpräbenden im Domcapitel zu Magdeburg, die buchische und mecklenburgische.

151) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 1225 u. 1226.

152) Vergl. das bei J. H. Böhmer l. c. lib. III. tit. I. §. 50 mitgetheilte Responsum der juristischen Facultät zu Halle v. 1710. Mehrere Dompräbenden wurden insbesondere mit der Universität Leipzig verbunden. Zum Theil schreibt sich daher der Prälatenrang einzelner Professuren. (Man sehe Weisse opuscula academica, Lipsiae 1829. 8. comm. V. p. 149 sq.)

153) Siehe überhaupt Wiese, Handbuch des Kirchenrechtes, Bd. III. §. 401.

lischen Kirche, vom Consense des Capitels abhängig. Umfassender waren dagegen die Rechte der Landesherren über die reichsmittelbaren Stifter, da theils die Administration derselben den Territorialherren im Verlaufe der Zeit überlassen wurden (so 1559 Meißen, 1561 Merseburg u. a.), theils der westphälische Friede hinsichtlich der Reduction der Präbenden, der Besetzung einzelner Stellen u. s. w., den Fürsten viele Zugeständnisse machte[154]). Im Allgemeinen aber erlangte der Landesherr die Rechte, welche den Bischöfen oder anderen geistlichen Oberen über katholische Stifter gebührten[155]). Ja die Befugnisse wurden später noch größer, indem den Capiteln die ihnen bis dahin belassene Vermögensverwaltung abgenommen und Staatsbehörden überwiesen wurde[156]). Indessen haben einzelne Stifter noch besondere Rechte, wie die des Patronats, der Patrimonialjurisdiction u. s. w. beibehalten. Inwiefern jetzt noch das Bedürfniß zur Erhaltung dieser Institute vorhanden sei, kann zweifelhaft erscheinen. Daß aber die Fürsten berechtigt sind, die noch bestehenden Stifter zu Zwecken der Kirche und Schule zu verwenden, kann wohl kaum bestritten werden[157]). Erwähnung verdienen

3) Die gemischten Capitel.

Der westphälische Friede, welcher den 1. Januar 1624 als Normaltag für den Besitz der Stifter festsetzte, erklärte zugleich, daß der Besitz einzelner Stiftsstellen ebenfalls nach diesem Termine beurtheilt werden solle, so daß also, wenn Glieder beider Religionsparteien damals sich in demselben Capitel befanden, diesen auch ferner der Anspruch auf die Zahl der innegehabten Präbenden gebühre und in die vacant gewordene Stelle immer ein Mitglied desselben Bekenntnisses einrücke[158]). Für Osnabrück wurde insbesondere der Wechsel der bischöflichen Stelle selbst zwischen beiden Confessionen beschlossen[159]), und drei Canonicate den Evangelischen vorbehalten[160]). In Halberstadt gebührte der vierte Theil der Stellen, mit Ausnahme der Propstei, den

---

154) Man vergl. insbesondere J. P. O. art. X. §. 4. XI. §. 1. 4—6. XII. §. 1. Dabei kam es mitunter zu Streitigkeiten. Man sehe z. B. das Responsum bei J. H. Böhmer l. c. lib. III. tit. IX. §. 41.

155) Diese Bestimmung gibt auch als Princip das preuß. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 1220.

156) In Preußen ist die allgemeine Verwaltung dem Ministerium des Innern übertragen (s. Regulativ vom 25. Februar 1835 in v. Kamptz Jahrbüchern Bd. XLV. S. 238). Ueber die frühere Beschaffenheit der einzelnen Stifter vergl. man den Anfang zum Handbuche über den preußischen Hof und Staat von 1802 u. a., über die jetzige das neueste Handbuch selbst. Ueber die in Sachsen s. m. die oben Anm. 139 cit. Schriften von Pinder u. Stieglitz. Ueber die in Hannover vergl. man Spangenberg in Lippert's Annalen des Kirchenrechtes, H. IV. S. 65 flg.

157) Diese Berechtigung sucht Pinder a. a. O. S. 77. flg., zugleich mit den Ansprüchen der Gegenwart an die Capitel, näher zu begründen.

158) J. P. O. art. V. §. 23. 26.

159) J. P. O. art. XIII. §. 1.

160) Vergl. das Responsum der jurist. Facultät zu Rinteln von 1666 bei J. H. Böhmer l. c. lib. I. tit. XXIII. §. 33.

Evangelischen[161]), über deren Besetzung die Verträge von 1662, 1675[162]) und 1773 das Nähere im Verhältnisse zu den Katholischen bestimmten. In Minden gab es eilf katholische und sieben evangelische Präbenden, darunter je einen Erbpräbenden u. s. w.

Das rechtliche Verhältniß dieser gemischten Capitel wich im Wesentlichen von dem der anderen nicht ab, nur mußte darauf gehalten werden, daß kein Canonicus zu Handlungen gegen seinen Lehrbegriff von dem anderen Theile genöthigt werden konnte[163]). Daher durfte den Evangelischen nichts von den Residenzgebühren entzogen werden, wenn sie dem Chordienste nicht beiwohnten[164]). Ob aber sonst Parität bestehe, so daß, da den katholischen Gliedern die Ehe untersagt war, auch die evangelischen zum Cölibat verpflichtet würden, ward bestritten[165]).

Endlich berücksichtigen wir noch

4) Die Frauenstifter[166]).

Aehnlich, wie das Institut der Canonici, entwickelte sich auch das der Canonicä (Canonissinnen). In der ältesten Zeit bezeichnete der Ausdruck Canonicae Diaconissinnen, da diese zum Canon der Kirche gehörten[167]). Bestimmte Spuren der Canonissinnen finden wir im achten Jahrh., indem in ähnlicher Art, wie sich die Mönche von den Canonici und dann wieder die Canonici seculares von den can. regulares unterschieden, die canonicae von den Nonnen und insbesondere canonicae seculares von den der Klosterregel sich näher anschließenden Chorfrauen absonderten. Darauf deutet schon der oben Anm. 4. cit. can. 11 des Concilium Vernense von 755 und spätere Synoden[168]). Die Regel Chrodogang's in der zu Aachen 817 bestätigten Form wurde auf sie mit übertragen. Die weltlichen Stiftsfrauen finden sich zuerst am häufigsten in Flandern, von wo aus sie nach Teutschland übertragen wurden. Sie führten ein vollständiges gemeinsames Leben, traten in ein Münster zusammen, hatten ein gemeinsames dormitorium, refectorium und leisteten das (einfache) Gelübde der Keuschheit und des Gehorsams gegen ihre Obere (Aebtissin, Dechantin). Die innere Verfassung hatte nach den besonderen Statuten

---

161) J. P. O. art. XI. §. 1.

162) J. H. Böhmer l. c. lib. III. tit. VIII. §. 23. Vergl. Hymen, Beiträge zu der juriſt. Literatur in den preuß. Staaten, Bd. IV. S. 40 flg.

163) J. P. O. art. V. §. 16.

164) Siehe Strube, rechtliche Bedenken, Th. I. Nr. 184. S. 476.

165) J. H. Böhmer l. c. lib. III. tit. III. §. 33. G. L. Böhmer principia iuris can. §. 442. not. b. cit.

166) Siehe Thomassin vetus ac nova eccl. discipl. P. I. lib. III. cap. 43. Binterim a. a. O. Bd. III. Cap. XI. §. 1. S. 546 flg.

167) *κανονικὴ γυνὴ* (bei Athanasius quaest. XCVI. ad Antiochum Op. T. II. 369.) Chrysostomus homilia: *ὑπὲρ τοῦ τὰς κανονικὰς μὴ συνοικεῖν ἀνδράσιν.*

168) Concil. Moguntin. a. 813. c. 13. Cabillonense II. a. 813. c. 53: sanctimoniales, quae se canonicas vocant. S. Thomassin l. c. Nr. VIII.

viel Aehnlichkeit mit der der Canonici. Wie diese besaßen sie besondere Präbenden, hielten ihre Capitel, wählten die Oberen u. s. w.

Seit dem zwölften Jahrhunderte kamen mannigfache Mißbräuche bei ihnen vor, denen durch Concilienschlüsse begegnet wurde. So bestimmte das Concil von Rheims im J. 1148 c. 4, daß die irregulariter lebenden canonicae und sanctimoniales nach Benedict's und Augustin's Regel sich verbessern sollten, und dann besonders das Concil zu Vienne von 1311, daß die mulieres, quae vulgo dicuntur seculares, et ut canonici seculares vitam ducunt, non renuntiantes proprio, nec professionem aliquam facientes durch die Bischöfe visitirt werden sollten [169]).

Durch die Reformation wurden die meisten dieser Stifter nicht beeinträchtigt und nur insofern besonders modificirt, daß auch Evangelischen in vielen derselben gewisse Präbenden vorbehalten wurden. Manche wurden aber rein evangelisch. So haben sich diese Institute bis jetzt erhalten [170]) und dienen besonders als Versorgungsanstalten, zu welchem Behufe auch später noch viele gestiftet worden sind, unter denen das v. Jenaische Stift zu Halle von 1702 [171]), das Cronstädt'sche zu Frankfurt a. M. von 1767, das von Zedlitz'sche zu Kapsdorf in Schlesien von 1836 bemerkt werden mögen. Das zuletzt genannte ist für 16 Canonissinnen gestiftet. Die Wittwe des Stifters ist zur ersten Aebtissin bestellt und einer der nächsten Verwandten des Fundators soll Curator oder Probst sein.

Im Allgemeinen gilt von den Mitgliedern weltgeistlicher Frauenstifter Alles das, was von weltgeistlichen Canonicis männlichen Geschlechtes verordnet ist; außer wo Abweichungen davon durch den Unterschied des Geschlechtes begründet werden [172]). H. F. Jacobson.

Capellen [1]) sind Gebäude, welche für gottesdienstliche Zwecke gestiftet sind, ohne zugleich die Mittelpunkte des Gottesdienstes bestimmter Gemeinden zu bilden. Sie sind entweder öffentliche, in

---

169) Clem. 2. de statu monachorum. (3. 10.) Vergl. c. 43. §. 5. de electione in VI. (1. 6.) (Bonif. VIII. a. 1299). Von späteren Gesetzen, welche sich auf die Reform dieser Stifter in Teutschland beziehen, sind besonders bemerkenswerth: Synod. Coloniensis a. 1536. P. X. c. 19. (Hartzheim Conc. Germ. T. VI. 300.) a. 1548 (eod. p. 544.), a. 1550 (eod. 645.), a. 1651. P. I. c. 8. (eod. IX. 736). Synod. Augustana a. 1548. c. 12. in fin. (eod. VI. 367). Formula Reformat. Caroli V. a. 1548, public. 1550. tit. V. (eod. VI. 750). Synod. Constantin. a. 1609. P. III. tit. III. c. 36. (eod. VIII. 926).

170) Die wichtigeren findet man in den Anm. 156 cit. Schriften nachgewiesen.

171) Dessen Statuten in Dreyhaupt's Beschreibung des Saalkreises, II. 227 flg.

172) Preuß. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 1159.

1) Die von Du Cange Gloss. s. v. Capella gegebene Etymologie, nach welcher der Name von dem Mantel (Cappa) des heil. Martinus von Tours abgeleitet wird, den die fränkischen Könige auf Reisen und Feldzügen mit sich

denen zu gewissen Zeiten öffentlicher Gottesdienst gehalten, namentlich die Messe gelesen wird, oder Privatcapellen (Oratorien), welche für den Privatgottesdienst einer bestimmten Person oder Familie errichtet sind[2]). Lediglich der Pflege der Privatandacht dienen die sogenannten Feldweg- und Landcapellen (Capellae vulgares). Zur Errichtung der ersteren ist die Genehmigung des Bischofs immer erforderlich, und diese wird nur dann ertheilt, wenn ein zur Unterhaltung hinreichender Fonds nachgewiesen und eine genügende Ursache dargethan ist[3]). Die Erlaubniß zur Errichtung einer Privatcapelle, in welcher Messen gelesen werden sollen, ist nach einer Constitution Benedict's XIV. von dem Papste zu erbitten[4]). Zur Herstellung von Capellen der dritten Art ist in der Regel nur das Vorwissen des Pfarrers und nach der heutigen Einrichtung der Ortspolizei oder Bezirksbehörde erforderlich. Die Benediction der öffentlichen wie der Privatcapellen erfolgt durch den Bischof, dessen Visitationsrechte sie auch unterliegen. Die Kosten[5]) der Reparatur endlich werden bei öffentlichen Capellen lediglich aus dem Stiftungsvermögen bestritten und wo dieses nicht zureicht,

---

führten, und beim Verweilen in ihren Palatien in dazu bestimmten Bethäusern niederlegten, ist nicht sehr wahrscheinlich. Nach einer anderen Etymologie sind die Capellen ursprünglich die Capseln für die Reliquien und heiligen Gefäße, welche man auf Reisen oder Heerzügen mit sich zu führen pflegte. Böhmer J. E. P. tom. III. p. 408.

2) Ueber das Geschichtliche, die capellae regiae u. palatinae und die villaticae sind Thomassin vetus et nova disc. P. I. L. 11. c. 92 sq. van Espen ius eccl. univ. II. 16. 2. §. 7. II. 18. 4. §. 11. und die archäologischen Werke von Binterim, Augusti u. A. zu vergleichen. Die Hofcapellen bilden jetzt gewöhnlich die Pfarrkirchen für das Hofpersonal. Ueber die Capellen in den Klöstern (capellae monasteriales), welche nach dem gegenwärtigen Sprachgebrauche deshalb Kirchen genannt zu werden pflegen, weil in ihnen der Meßdienst regelmäßig verwaltet und die Eucharistie aufbewahrt wird (Eichhorn, Grundsätze, Bd. II. S. 799), vergl. Böhmer J. E. P. tom. III. p. 454 sq. Nicht selten sind aus Nebenkirchen oder Capellen außerhalb der Klöster, welche ursprünglich aus dem Klostervermögen gestiftet worden, Seelsorgerstationen entstanden, welche anfänglich durch Mönche verwaltet wurden. Nach c. 1. X. de cap. mon. und c. un. h. t. in VI. sollen jedoch diese durch dem Säculerclerus angehörige ständige Vicarien verwaltet werden, welche nach der durch den Convent erfolgten Präsentation der Bischof instituirt. Vergl. Berardi comm. in ius eccl. univ. ed. Ven. 1778. tom. II. p. 40.

3) Helfert, Anleitung zum geistl. Geschäftsstyl, Prag 1837, 2. Aufl., S. 271.

4) Const. Magno v. J. 1751, §. 9 sq. Walter, Lehrb. S. 545. Nach Berardi l. c. p. I. 114. wurde der Satz, daß die Dispens in Rom nachzusuchen sei, schon zeitig auf eine extensive Erklärung der in sess. XXII. de obs. in cel. miss. enthaltenen Bestimmung gegründet. Vergl. auch die Declarationen zu dem letzteren Decrete in der Ausgabe von Gallemart.

5) Vergl. Permaneder, die kirchl. Baulasten, München 1838, S. 24. Anm. 1. In einzelnen Fällen kann jedoch auch eine Verbindlichkeit einer Gemeinde eintreten, wenn für diese die Capelle in Folge der Ortsverhältnisse nothwendig ist. Van Espen l. c. P. II. t. 16. §. 19. Dann ist jedoch die letztere wenigstens für die Gemeinde nicht mehr eine Capelle im kirchenrechtlichen Sinne.

ist der Bischof durch die trienter Synode [6]) ermächtigt, die Capelle und das mit ihr verbundene beneficium simplex mit einer Kirche desselben oder eines benachbarten Ortes zu vereinigen. Privatcapellen haben die Stifter oder diejenigen wieder herzustellen, welche zunächst ihren Privatgottesdienst darin begehen.

In der evangelischen [7]) Kirche bilden die kirchlichen Gebäude, in denen öffentlicher Gottesdienst (mit Ausschluß der Sacramente) gehalten wird, ohne daß dieselben einer bestimmten Gemeinde angehören, das Analogon der öffentlichen Capellen der katholischen Kirche. Beispiele sind die Hofcapellen oder Kirchen, die Universitäts-, Garnisonskirchen u. s. w., bei denen freilich sehr häufig auch eine wirkliche Gemeindeverbindung sich findet, welche anstatt des Domicils vielmehr ein bestimmtes Standesverhältniß zur Grundlage hat. Zu den öffentlichen Capellen können auch die Gesandtschaftscapellen gezählt werden, insofern als der Zutritt zu dem zunächst für das gesandtschaftliche Personal bestimmten Gottesdienste gewöhnlich auch anderen Confessionsverwandten gestattet wird.

Richter.

Cardinäle. In der bilderreichen Sprache der älteren canonischen Rechtsquellen werden Bischöfe, Priester und Diaconen, auf welchen die Verwaltung eines bestimmten Kirchenamtes ruht, als cardinales oder incardinati [1]) bezeichnet. In der späteren Zeit erscheint dieser Name als charakteristischer für die Geistlichen der römischen Kirchen, welche den Senat und die Gehilfen des Papstes bei der Regierung der Kirche bilden, eine Bedeutung, welche hier vorzugsweise in Betrachtung gezogen werden soll [2]).

Der Grundzug der älteren Kirchenverfassung, nach welchem dem Bischof bei der Verwaltung der Diöcese der Rath der Presbyter zur Seite steht, tritt auch in der Verfassung der römischen Kirche zeitig sichtbar hervor. Jenen Rath bildeten die bei den römischen Hauptkirchen (tituli) angestellten Priester, deren im 5. Jahrhunderte 28 gewesen sein sollen [3]). Eine bei den meisten neueren Schriftstellern wieder-

---

6) Sess. XXI. c. 7. de ref.
7) Eichhorn a. a. O. S. 250.

1) Vergl. c. 3. D. XXIV. c. 5. D. LXXI. c. 42. C. VII. qu. 1. Andr. Müller, Lexikon des KR. (2. Aufl.) u. d. W. Cardinäle, hat diesen Ausdruck mißverstanden, wovor ihn schon die Note der Corr. Rom. zu c. 5. D. LXXI. hätte bewahren können.

2) Vergl. Card. de Luca relatio curiae Romanae, Colon. 1683. 4. Van Espen ius eccl. univ. P. I. tit. XXII. Monaldini Praxis eccl. curiae Rom. hinter Amort elem. iuris can. tom. I. Andr. Müller a. a. O.

3) Diese Angabe, der auch Walter im Lehrb. §. 126 folgt, stützt sich auf Onuphr. Panvinius de episcopatibus, titulis et diaconiis Urbis Romae; vergl. dagegen die genauen Untersuchungen bei Mabillon Mus. Ital. tom. II. p. XI sq., welche insbesondere auf die Subscriptionen der röm. Synode vom J. 499 sich gründen, nach denen 66 intitulirte Priester auf die später noch vermehrte Zahl von 30 Titeln sich vertheilen. 28 Titel erwähnt

kehrende Angabe, die jedoch, für diese Zeit wenigstens, nicht über allen Zweifel erhaben ist. Unter jenen Priestern finden wir noch in der ersten Zeit 7 Diaconen, welche in den 7 kirchlichen Regionen die Aufsicht über die Armen- und Krankenanstalten (Diaconiae) übten (Diaconi regionarii). Im 12. Jahrhundert ist die Zahl der Diaconen bis auf 18 vermehrt worden[4]), die Diaconien aber haben ihre ursprüngliche Bestimmung verloren und gelten nur als Titel der Cardinaldiaconen, wenn schon die letzteren bei ihrer Unterschrift des Zusatzes: Titel sich nicht bedienen. Endlich sind noch zu den Cardinalpriestern und Diaconen 7 Bischöfe der Umgegend Roms zunächst für den Meßdienst der Kirche vom Lateran hinzugetreten, welche schon in den Gesta Stephani IV. (III.) Episcopi cardinales genannt werden[5]). Alle diese Geistlichen hatten jedoch vom Anfange an keinen anderen Rang in der Kirche als den, welchen ihnen ihre amtliche Stellung verlieh, und namentlich erst seit der Zeit, in welcher sie das ausschließliche Recht erlangen, der Kirche ein neues Oberhaupt zu geben, reihen sie sich allmälig in der Ordnung der Hierarchie unmittelbar an dieses letztere an und entlehnen von ihm den Glanz, in welchem sie alle Prälaten der Kirche überstrahlen[6]). Ihre Zahl, welche die baseler Synode vergeblich auf 24 beschränkt hatte[7]), ist seit Sixtus V. auf 70 festgestellt[8]), unter denen 6 Bischöfe[9]), 50 Priester und 14 Diaconen sein sollen, wiewohl die Zahl der beiden letzteren regelmäßig nicht erfüllt wird. Die Ernennung[10]) der Cardinäle auf einen der verschiedenen Titel, welche immer auch den zu Cardinälen ernannten Ausländern angewiesen werden, geschieht durch den Papst, und zwar soll derselbe nach dem Concil von Trient[11]) gleichmäßig alle christli-

---

u. a. der liber de ecclesia Lateranensi des Joannis Diaconus bei Mabillon l. c. p. 561. Ueber den Wechsel in der Zahl der Cardinäle sind die einschlagenden Untersuchungen von Thomassin u. A. zu vergleichen.

4) Nach Panvinius, van Espen, Walter u. A. sollen später 14 Diaconi regionarii (analog der Augustinischen Eintheilung der Stadt Rom in 14 Regionen) ernannt worden sein, zu denen die für den Dienst der Kirche vom Lateran bestimmten 4 Diaconi palatini hinzutreten. Mabillon l. c. p. XVII., dem auch das, freilich sehr späte Zeugniß des angeführten Joannes Diaconus beistimmt, nennt 12 Diaconi regionarii u. 4 Diaconi palatini.

5) Vergl. Mabillon l. c. p. XXIX.

6) Van Espen l. c. §. 20 sq. Dieses Verhältniß erlangt seine Vollendung in der nicht genau zu bestimmenden, wahrscheinlich aber nicht hinter dem 14. Jahrhundert zurückliegenden Zeit, in der Bischöfe zu Cardinalpriestern und Diaconen ernannt werden, was früher als anstößig angesehen zu werden pflegte.

7) Decr. de numero et qualitate Cardinalium sess. XXIII.

8) In der Bulle Postquam ille v. J. 1586.

9) Diese sind die Bischöfe von Ostia, Porto (mit dem das Bisthum Rufina vereinigt), Sabina, Frascati, Albano, Palästrina.

10) Den mit wenigen Modificationen noch jetzt üblichen Ritus liefert der Ordo Rom. bei Mabillon l. c. p. 424.

11) Sess. XXIV. c. 1. de ref. Eine ganz ähnliche Vorschrift hat schon die baseler Synode und aus ihr die pragmatische Sanction (Koch sanctio pragm. illustr. p. 143). In dieser Verfügung, wohl aber noch mehr in einer

chen Nationen berücksichtigen. Immer aber haben auch nach dieser Verfügung die Italiener die bei Weitem überwiegende Mehrzahl gebildet, und selbst das einzelnen katholischen Monarchen durch das Herkommen zugestandene Recht, bestimmte Individuen zur Cardinalswürde zu empfehlen, ist bis in die letzte Zeit nicht so geübt worden, wie es das wohlverstandene Interesse der Landeskirchen erfordert hätte.

Der Antheil der in Rom anwesenden Cardinäle an dem Regimente der Kirche besteht darin, daß sie in allen wichtigeren Angelegenheiten die Rathgeber des Papstes sein sollen. Sie üben denselben in den sogenannten Consistorien, in denen unter dem Vorsitze des Papstes die Ernennung der Cardinäle vollzogen und über die Confirmation der Bischöfe, Bestellung von Coadjutoren, Absetzung der Bischöfe, Zulassung von Resignationen, Abschließung von Concordaten, Verleihung der dem Papste reservirten höheren Pfründen (daher Consistorialpfründen), Errichtung oder Theilung der Bisthümer, überhaupt über alle Angelegenheiten berathen wird, welche, freilich mit schwankendem Begriffe, causae maiores heißen. Die Consistorien sind immer geheim, zu denen nur Cardinäle Zutritt haben (Consistoria ordinaria, secreta). Dagegen werden herkömmlich auch öffentliche Consistorien gehalten, in denen den Cardinälen der Purpurhut verliehen wird, auswärtige Gesandte oder zurückkehrende Legati a latere empfangen, Canonisationen publicirt werden u. s. w. (cons. publica s. extraordinaria). Neben der bezeichneten, in jedem Falle nur berathenden Wirksamkeit[12]) greifen aber auch die Cardinäle in einer mehr selbstständigen Weise in die kirchliche Verwaltung ein, theils als Mitglieder der für bestimmte Verwaltungzweige bestehenden Congregationen (Congregationes cardinalium), theils als Dirigenten der päpstlichen Gerichtshöfe und Verwaltungscollegien. Den letzteren widmen wir unter: Römische Curie einen besonderen Artikel, während wir von den ersteren nach den vorhandenen, leider die heutigen Verhältnisse nicht ganz vollständig mehr darstellenden Hilfsmitteln hier wenigstens die wichtigeren kurz erwähnen, namentlich mit Hinweglassung derer, welche die besonderen und ferner liegenden Verhältnisse des Kirchenstaates betreffen[13]). Sie sind folgende. 1) Die von Sixtus V. bestellte Congregatio consistorialis,

---

anderen der baseler Synode, und der Sanction (Inter hos — viginti quatuor esse aliqui poterunt, admodum pauci, filii, fratres aut nepotes regum seu magnorum principum) wurzelt vielleicht auch das im Texte angedeutete Herkommen. Ein anderes Moment findet Eichhorn, Grundsätze des KR. Bd. I. S. 600, in dem Gebrauche katholischer Staaten mit einem Cardinal (Cardinalprotector) in Verbindung zu treten, um sich seiner in ihren Angelegenheiten zu bedienen.

12) Daher die in den Decretalen so häufig vorkommende Formel: praehabito dil. fratrum nostr. S. R. E. Cardinalium consilio. Daß der Papst an die Zustimmung der Cardinäle anders als im Gewissen gebunden sei, kann nicht behauptet werden. Vgl. Berardi comm. in ius eccl. univ. tom. I. p. 50. ed. Ven. 1778.

13) Vergl. die Aufzählung nach dem römischen Staatscalender bei Andr. Müller a. a. O. u. d. W. Congregationen.

zur vorläufigen Behandlung der im Consistorium zu erledigenden Angelegenheiten. 2) Die Congreg. s. officii sive supremae inquisitionis adversus haereticos (s. Romana ed universale inquisizione), als höchstes Glaubenstribunal provisorisch mit 6 Cardinälen bestellt von Paul III. (1542), von Pius IV. erweitert, von Pius V. und Sixtus V. bestätigt und zu einer ständigen Behörde erhoben, deren Wirksamkeit jetzt freilich auch in rein katholischen Ländern bald ganz cessirt, bald nur eine sehr bedingte ist. Sie besteht aus zwölf Cardinälen und einer großen Anzahl von Unterbeamten. Den Vorsitz pflegt der Papst gewöhnlich selbst zu führen. Mit ihr in genauer Verbindung steht 3) die Congregatio indicis, deren Beruf es insbesondere ist, die Literatur zu überwachen und die Verbreitung schädlicher Bücher zu verhindern. Schon Paul IV. hatte im J. 1559 ein Verzeichniß ketzerischer Schriften publiciren lassen, durch welches der weiteren Verbreitung der Reformation Einhalt gethan werden sollte. Später nahm sich die Synode von Trient in ihrem Sinne auch von dieser Seite des kirchlichen Lebens an und bestellte zur Aufstellung eines neuen Index eine Anzahl von Prälaten aus ihrer Mitte, deren von Pius IV. publicirtes Wort wir noch jetzt in vielen Editionen jener Synode haben. Die Fortsetzung dieses Index durch fortgehende Aufsicht über die Presse aller Länder, welche durch die entsprechenden Berichte zu unterstützen die Bischöfe verpflichtet sind, ist die Aufgabe der von Sixtus V. bestellten, aus einer Anzahl von Cardinälen, einem Secretär und zahlreichen gelehrten Consultoren bestehenden Congregatio indicis. Die Beschlüsse derselben werden in Teutschland nicht als verbindlich betrachtet. 4) Die zuerst von Pius IV.: pro exsecutione et observantia, dann von Sixtus V.: pro exsecutione et *interpretatione* consilii Tridentini eingesetzte Congregation (Congr. Cardinalium Conc. Trid. Interpretum, schlechthin auch Congr. consilii), welche über die Auslegung der trienter Beschlüsse entscheidet, so weit dieselben die Disciplin betreffen. Ihre Declarationen können schon deshalb nicht als allgemein verbindlich angesehen werden, weil sie nicht publicirt zu werden pflegen. Aber auch da, wo sie in der von Urban VIII. vorgeschriebenen authentischen Form, also von dem Cardinalpräfecten und dem Secretär unterzeichnet, sowie mit dem Siegel der Congr. versehen, producirt werden, sind sie nur für den concreten Fall maßgebend[14]), welche Eigenschaft zugleich noch die Zulassung von Seiten des Staates sowie des Bischofs voraussetzt[15]). Daß sie in keinem

14) Vergl. Card. de Luca Annot. ad conc. Trid. disc. I. n. 11.

15) Decreta sacrarum congregationum S. R. E. Cardinalium, praesertim S. Concilii Tridentini interpretum, exteriorem ecclesiae disciplinam spectantia, exemplo aliarum nationum non aliter ecclesiae germanicae earumdemque consistoria, tribunalia et iudicia pro norma habebunt, quam si post maturum examen illa ecclesiarum ac dioecesanorum utilitatibus vere accommodata inventa, et auctoritate ordinariorum publicata fuerint. Gravam. trium Archiepp. Mogunt., Trevir. et Colon. contra Curiam ap. Ao. 1769.

Falle eine unumstößliche Regel bilden und die Entwicklung der Disciplin der einzelnen Kirchen aus den besonderen Elementen derselben hindern können, ist selbst von römischen Schriftstellern anerkannt[16]). 5) Die von Sixtus V. für die Aufrechterhaltung und Förderung der Liturgie, die Canonisationen, die Entscheidung der Präcedenzstreitigkeiten u. s. w. errichtete Congregatio rituum (Congregazione de'sagri riti). 6) Die Congregatio pro consultationibus episcoporum et aliorum praelatorum (auch Congreg. super negotiis episcoporum et regularium, Congregazione consultisca). Sie verdankt demselben Papste ihre Entstehung[17]) und hat zu ihrem Ressort, in welchem sie mit der Congregatio rituum und der später unter 8) aufzuführenden in mannigfacher Beziehung concurrirt, die Berathung der Bischöfe in den die Episkopalrechte betreffenden Verhältnissen, die Profeßangelegenheiten der Ordensgeistlichen, die Ernennung apostolischer Vicare für vacante Bisthümer und (was auf Teutschland keine oder doch nur sehr beschränkte Anwendung finden kann) die Entscheidung der Streitigkeiten, welche zwischen den Bischöfen oder Pfarrern auf der einen, und von Exemten oder Regularen auf der anderen Seite, sowie zwischen den Capiteln und ihren Prälaten entstehen. 7) Die von Clemens IX. für die Direction des Ablaßwesens und die Prüfung der Reliquien errichtete Congregatio indulgentiarum (indulgenze e sagre reliquie). 8) Die Congregatio imunitatis ecclesiasticae et controversiarum jurisdictionalium, welche von Urban VIII. für die Aufrechterhaltung der der Kirche und dem Clerus verliehenen Freiheiten und zur Entscheidung der Jurisdictionsstreitigkeiten bestellt worden ist. 9) Die Congregatio de propaganda fide, welche Gregor XV. im J. 1621 für die Leitung des Missionswesens errichtet hat.

Eine abweichende Gestaltung erleidet die Thätigkeit der Cardinäle, sobald der römische Stuhl erledigt ist. Von diesem Zeitpunkte an concentrirt sie sich vorzugsweise in der Wahl des neuen Oberhirten, und nur solche Handlungen des Regiments dürfen vorgenommen werden, welche ohne Gefahr nicht verschoben werden können[18]). Endlich geht die Regierung des Kirchenstaates an eine Commission über, welche den Cardinalkämmerer und drei Cardinäle (observanzmäßig die ältesten der verschiedenen Classen) zu Mitgliedern hat.

Schließlich haben wir noch der vielfachen Ehrenrechte und Privilegien zu gedenken, mit denen die Mitglieder des permanenten hohen

---

ad Caesarem delata, im Anh. zu Gratz contin. thesauri iur. eccl. Mogunt. 1829, p. 297.

16) Benedict. XIV. de synod. dioec. L. II. c. 7. Nr. 7.

17) Sie hat in ihrer heutigen Verfassung die Geschäfte zweier ursprünglich von Sixtus V. gestifteten Congregationen zu verwalten, der Congr. pro consultatione regularium und der Congr. pro cons. episcoporum et aliorum praelatorum.

18) C. 3. de elect. in VI. (1. 6.) Clem. 2. h. t. 1. 3.

Rathes der Kirche ausgestattet worden sind. Wir nennen zuvörderst den Titel Eminenz, den sie, anstatt des früheren Titels Illustrissimi, seit Urban VIII. († 1644) führen, und den rothen Hut, der (um das J. 1244) von Innocenz IV. zuvörderst den mit dem Regimente in den Legationen beauftragten, von Paul II. auch den anderen weltlichen, endlich von Gregor XIV. den zu den Ordensgeistlichen gehörenden Cardinälen verliehen wurde[19]). Hiernächst üben sie 1) über ihre Titel oder Kirchen eine Iurisdictio quasi episcopalis[20]), welche eine ordinaria ist, und eben deshalb mit dem Tode des Papstes nicht aufhört. 2) In ihren Kirchen bedienen sie sich, selbst wenn sie nicht Bischöfe sind, der Pontificalien; sie spenden die feierlichen Benedictionen, üben über ihren Clerus die Disciplinargewalt und ertheilen, sobald sie selbst Priester sind, die Tonsur und die niederen Weihen. Hiernächst dispensiren sie in allen den Fällen, in denen den Bischöfen das Dispensrecht ordentlicher Weise zusteht, und ertheilen den Ablaß bis zu 100 Tagen. 3) Auf den allgemeinen Kirchenversammlungen erscheinen sie sitz- und stimmberechtigt. 4) Allgemeinen Reservationen oder sonstigen Beschränkungen der den Prälaten und den Clerus zustehenden Rechte[21]) sollen sie ebenso wenig unterliegen, als den eine härtere Kirchenstrafe androhenden Gesetzen[22]), wenn nicht die letzteren oder die ersteren auch auf sie ausdrücklich erstreckt worden sind. Mit der veränderten Bedeutung der kirchlichen Censuren ist dieß letztere Vorrecht unpraktisch geworden, und dasselbe kann von den anderen Privilegien behauptet werden, nach denen an einem Cardinal das Crimen laesae mai. soll begangen werden können[23]), oder zur Verurtheilung eines solchen eine ungewöhnlich große Anzahl von Zeugen gehören soll[24]). Richter.

Casus[1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten ein solches Ereigniß, welches bei aller menschlichen Klugheit entweder nicht vorausgesehen oder nicht abgewendet werden konnte[2]). Die rö-

---

19) Vergl. van Espen l. c. §. 24.

20) C. 24. X. de elect. (1. 6.) c. 11. de M. et O. (1. 34.) Berardi l. c. p. 51.

21) Eine vollständige Darstellung dieser Verhältnisse bei Hier. Gonzalez comm. ad regulam 8. Cancellariae, Rom. 1604, p. 430 sq.

22) Arg. c. 4. de sent. exc. in VI. (5. 11.)

23) C. 5. de poen. in VI. (5. 9.)

24) C. 2. C. II. qu. 4.

1) Literatur: Brandenburg spec. iurid. sistens principia quaedam generalia de damno casuali eiusque praestatione, Gott. 1793. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4. S. 363—400. Wächter, wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 15. S. 97—138 u. S. 188—222. Madai, die Lehre von der Mora, S. 271—284. Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechtes, insbesondere in der Lehre von den Unglücksfällen, Tübingen 1838. Roßhirt, über das Periculum obligacionis speciei, in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. 2. S. 374 flg.

2) L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 15. §. 2. D. locati. (19. 2.) L. 18. pr. D. commodati. (13. 6.) L. 28. C. de locato. (4. 65.) L. 6. C. de pignoraticia actione. (4. 24.) L. 52. §. 3. D. pro socio. (17.

mischen Juristen bezeichnen denselben vielmehr mit dem Namen casus fortuitus[3]), vis maior[4]), maior casus, cui infirmitas humana resistere non potest[5]), vis naturalis[6]), vis divina[7]), fatum[8]), und gebrauchen den Ausdruck casus mehr, um den Zufall als Gegensatz der culpa zu bezeichnen[9]). Zu dem Schaden, welcher durch Zufall verursacht wird, gehören z. B. unverschuldete Feuersgefahr[10]), Anfall von Räubern[11]) oder Kriegsfeinden[12]), Schiffbruch, das Absterben und Davonlaufen von Sclaven[13]), der Einsturz von Gebäuden u. s. w. Ueberhaupt müssen dahin alle Ereignisse gezählt werden, welche weder durch dolus, noch durch culpa der sonst zum Schadenersatz verpflichteten Partei herbeigeführt werden[15]), während alle die Fälle, in welchen das unvorhergesehene Ereigniß durch eine, wenn auch noch so geringe Verschuldung der Parteien herbeigeführt oder wirklich geworden ist, nach den Grundsätzen, welche von dolus und culpa gelten, zu beurtheilen sind[16]). Streitig ist es, ob man auch den Diebstahl zum casus zu rechnen habe oder nicht[17]). Wenn man aus dem Begriffe des furtum diejenigen Fälle ausscheidet, welche in das besondere Verbrechen des Raubes hinüberspielen, so scheint für die bejahende Meinung theils der Umstand zu sprechen, daß eines Theils in den Stellen, welche den Begriff des casus fortuitus erörtern und mit Beispielen belegen, nie von den furtum die Rede ist, anderen Theils der durch das furtum verursachte Schaden dem damnum fatale geradezu entgegengesetzt wird[18]), und endlich nach einigen Stellen der classischen Juri-

---

2.) L. 2. §. 7. D. de administratione rerum ad civitates. (50. 8.) L. 11. §. 5. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) Ueber die Begriffsbestimmung des casus siehe Averani interpretationes iuris lib. II. cap. 26. §. 5—16.

3) L. 10. C. de condictione ob causam datorum. (4. 6.) L. 6. C. de pignoraticia actione. (4. 24.) §. 5. J. locati et conducti. (3. 24.) §. 4. J. quibus modis re. (3. 14.)

4) L. 19. C. de pignoribus. (8. 14.) L. 17. §. 4. D. de praescriptis verbis. (19. 5.) L. 25. §. 6. D. locati. (19. 2.)

5) L. 1. §. 4. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

6) L. 59. D. 19. 2.

7) L. 24. §. 4. D. de damno inf. (39. 2.)

8) L. 11. §. 5. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.)

9) L. 26. §. 6. D. mandati. (17. 1.) L. 52. §. 4. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)

10) L. 17. §. 4. D. 19. 5. L. 18. pr. D. 13. 6. L. 1. §. 4. D. 44. 7.

11) L. 6. C. 4. 24. L. 34. D. 19. 2. L. 50. D. de periculo et adm. tutorum. (26. 7.) L. 18. pr. D. 13. 6.

12) L. 18. pr. D. 13. 6.

13) L. 18. pr. D. 13. 6. L. 1. §. 4. D. 44. 7.

14) L. 1. §. 4. D. 44 7.

15) L. 6. C. 4. 24. L. 52. §. 3. D. 17. 2. L. 18. pr. D. 13. 6. L. 19. C. 8. 14. Vgl. L. 22. D. de negot. gest. (3. 5.)

16) L. 1. §. 4. D. 44. 7. L. 18. pr. D. 13. 6. Vgl. v. Löhr, die Theorie von der Culpa, S. 42. Note 1.

17) Vergl. die Geschichte dieser Controverse bei Hepp a. a. O. S. 38—40.

18) L. 52. §. 3. D. 17. 2.

sten der zur Custodia Verpflichtete unbedingt für jeden Diebstahl einzustehen hat[19]). Indessen läßt sich dagegen einwenden, daß, wenn in den römischen Rechtsquellen einmal eine Begebenheit zu dem damnum fatale gerechnet wird, dieß dem Zusammenhange des ganzen Rechtssystems nach nur so viel heißen kann, daß sie als Ereignisse, deren Abwendung gewöhnlich das Maß menschlicher Kräfte übersteigt, regelmäßig den Schuldner von der Ersatzpflicht befreien; allein dabei kommt es im einzelnen Falle doch immer noch darauf an, ob nicht bewandten Umständen nach der Schuldner den Unglücksfall hätte abwenden können[20]). Auch hat schon Hasse[21]) sehr gründlich dargethan, daß nur derjenige Detinent die actio furti haben kann, der wegen seiner Culpa beim Diebstahl in Anspruch zu nehmen ist. Daraus geht aber sehr klar hervor, daß die römischen Rechtsgelehrten zwischen Diebstahl, der mit culpa des Detinens geschah, und solchem, bei dem gar keine Zurechnung stattfand, unterschieden. Und dann wird der zur diligentia Verpflichtete nach allgemeinen Regeln von der Verpflichtung zum Schadenersatz sich befreien können, wenn er nachweist, daß er alle mögliche Sorgfalt auf die Sache gewendet habe, und dennoch den Diebstahl nicht habe abwenden können, oder mit anderen Worten, daß der eingetretene Diebstahl unter die Kategorie des Zufalls gehöre[22]). Die römischen Juristen gehen nämlich in der Lehre von der Diligentia und Custodia von der Ansicht aus, daß, wer zur Prästation derselben verpflichtet ist, den verübten Diebstahl leicht durch größere Anwendung von Sorgfalt hätte abwenden können[23]).

Was die Eintheilung des casus anbetrifft, so unterscheiden die neueren Rechtsgelehrten 1) casus merus und mixtus. Jenen Ausdruck bezieht man auf solche Ereignisse, bei welchen keine Culpa des zum Schadenersatz Verpflichteten concurrirt. Mit dem zuletzt genannten Ausdrucke bezeichnet man aber solche Ereignisse, welche entweder nicht, oder nicht in der Maße, wie sie eingetreten sind, eingetreten wären, wenn nicht eine Culpa des zum Schadenersatz Verpflichteten vorhergegangen wäre, z. B. wenn der Commodatar, dem das Silbergeschirr nur zu einem bestimmten Gastmahle geliehen worden ist, dasselbe gegen den Contract mit sich auf Reisen nimmt und Räuber ihm dasselbe auf der Reise abnehmen[24]). Die fraglichen Kunstausdrücke sind nicht in den römischen Rechtsquellen gegründet und scheinen auch deshalb aus der Rechtsdoctrin verbannt werden zu müssen, weil

---

19) L. 14. §. 10. D. de furtis. (47. 2.) L. 4. pr. D. nautae caupones. (4. 9.)

20) L. 2. §. 8. D. si quis cautionibus. (2. 11.) L. 22. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 13. §. 7. D. 19. 2.

21) Von der Culpa des römischen Rechtes, Cap. 10. §. 81—84. S. 414 — 420.

22) L. 9. §. 4. D. 19. 2. L. 11. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 5. C. de pignoraticia actione. (4. 24.)

23) Vergl. v. Löhr a. a. O. S. 71 flg.

24) L. 18. pr. D. 13. 6.

die Fälle des sogenannten casus mixtus nach den Grundsätzen, welche von der Culpa gelten, beurtheilt werden müssen. 2) Casus soliti (gewöhnliche Zufälle), insoliti (ungewöhnliche) und insolitissimi (ganz ungewöhnliche)[25]). Diese Eintheilung beruht nicht auf einer Vergleichung der Unglücksfälle mit dem, was im täglichen Leben geschieht, sondern auf einer Vergleichung derselben unter sich. Zur erstgenannten Classe rechnet man Mißwachs, welcher in Folge schlechter Witterung eintritt; zur zweiten die Zerstörung einer Sache durch Brand und das Verderben der Feldfrüchte durch Mäusefraß oder außerordentlichen Schnee in den Sommermonaten; zur letzten Erdbeben und Wolkenbrüche, ja nach Einigen den Krieg. Für die Wissenschaft hat diese Eintheilung keinen Werth; auch wird sie durch die römischen Rechtsquellen nicht unterstützt.

Was den Einfluß des Zufalls auf die verschiedenen Lehren des Civilrechtes anbetrifft, so ist im Allgemeinen zu bemerken, daß derselbe namentlich in der Lehre von den Bedingungen und vom Schadenersatze und dem periculum der Obligationen sich zeigt. Ueber den zuerst genannten Punkt ist bereits anderwärts die Rede gewesen (s. den Artikel Bedingung). Es bleibt mithin hier noch übrig, die zuletzt genannten Punkte näher zu betrachten.

Was zunächst die Lehre vom Schadenersatze angeht, so scheint es am zweckmäßigsten, nach dem Vorgange des neuesten Schriftstellers in dieser Lehre zu unterscheiden zwischen den Verletzungen aus unzurechenbaren Handlungen freier Wesen und den casuellen Verletzungen durch lebendige oder leblose Gegenstände der vernunftlosen Natur. In Bezug auf unzurechenbare Handlungen freier Wesen kommen hier namentlich die von Kindern und Wahnsinnigen in Betracht, welche in den römischen Rechtsquellen gewöhnlich als Beispiele von Personen, denen Hihre andlungen nicht zugerechnet werden, zusammen genannt werden. In Betreff der gegen sie zulässigen Eigenthumsklage[26]) und der hereditatis petitio[27]) wird ausdrücklich bemerkt, daß sie, falls sie an der zu restituirenden Sache etwas verdorben oder dieselbe verloren haben, von der Verpflichtung zum Schadenersatze frei sind[28]). In Absicht auf Obligationen ist es ferner eine Grundregel des römischen Rechtes, daß die durch ihre Handlungen Verletzten kein Recht erhalten, Entschädigung aus deren Vermögen zu verlangen. Denn, wenn schon es gewiß ist, daß solche Personen wenigstens re, d. h. durch eine Thathandlung obligirt werden können[29]), so ist dieß doch nach anderen Zeugnissen nur von solchen Realobligationen zu verstehen, welche durch fremde Handlungen

---

25) Vergl. Averani l. c. II. 26. §. 16—18. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4. S. 365 flg.

26) L. 60. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

27) L. 21. D. de administratione et periculo. (26. 7.)

28) Vergl. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechtes, Th. 2. S. 186—189 und, Hepp a. a. O. S. 17—20.

29) L. 46. D. 44. 7.

entstehen, nicht aber von solchen, bei welchen der freie Wille der erwähnten Personen in Frage kommen würde. In Bezug auf widerrechtliche Beschädigungen, welche nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilt werden, wird von den genannten Personen behauptet, daß ihre Handlungen nicht nach den Vorschriften des Gesetzes beurtheilt werden, da bei ihnen eine Culpa undenkbar ist[30]). Um wie viel mehr muß dieß aber auch von Delicten, welche einen dolus in der Person des Thäters voraussetzen, gelten, da dieser ohne juristischen Willen sich nicht denken läßt[31]). Mit den eben erörterten Grundsätzen stimmt es auch überein, wenn in einer Pandektenstelle[32]) der vom Wahnsinnigen begangene Mord diesem nicht zur Last gelegt wird, und vielmehr die Aufseher desselben, wenn sie sich eine Unachtsamkeit zu Schulden kommen ließen, für das von demselben verübte Verbrechen verantwortlich gemacht werden. — Was aber Verletzungen durch Gegenstände der vernunftlosen Natur anbetrifft, so muß man, inwiefern dieselben außerhalb des Obligationsnexus und ohne Schuld des Eigenthümers eintreten, zwischen leblosen und lebendigen Gegenständen unterscheiden. Im ersten Falle kann von einer Verpflichtung des Eigenthümers zur Entschädigung nicht die Rede sein, und es werden deshalb auch die gewöhnlichen Entschädigungsklagen, wie die actio legis Aquiliae, nicht gestattet[33]). Derselbe Grundsatz liegt zweifelsohne auch den Vorschriften des prätorischen Edictes über die cautio damni infecti zu Grunde, welche freilich von Anfang an sich nicht auf den Fall des bereits eingetretenen Schadens bezogen haben[34]), aber doch später in ihren Ausdehnungen auch diesen Fall manches Mal berührten. Dahin gehört der Fall, wenn der Einsturz des in Frage stehenden Hauses vor der Cautionsleistung erfolgt, und diese ohne die Schuld des Beschädigten eines äußeren Hindernisses halber verabsäumt worden ist. Hier tritt nämlich nach den Aussprüchen der römischen Juristen[35]) für den Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes das Dilemma ein, entweder die auf des Nachbars Grund und Boden gefallenen Stücken abzuholen, oder dieselben zu derelinquiren. Will er das erstere, so braucht dieß der Nachbar nur unter der Voraussetzung zu gestatten, daß vorerst Alles, selbst der unbrauchbare Schutt weggeräumt, und sodann für den Ersatz des bereits wirklich gewordenen und annoch zu erwartenden Schadens Caution geleistet werde. Will der Eigenthümer der herübergefallenen Sachen dieselben derelinquiren, so kann ihn der Nachbar zwingen, entweder den Schutt hinwegzuräumen, oder das ganze Gebäude zu derelinquiren. Eine ähnliche Ausdehnung der Grundsätze des Edicts tritt auch in dem Falle ein, wenn ein Floß oder ein Schiff durch die Ge-

---

30) L. 5. §. 2. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)
31) L. 1. §. 3. D. de acquirenda vel amittenda possessione. (41. 2.) §. 8 u. 10. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.)
32) L. 14. D. de officio praesidis. (1. 18.)
33) L. 5. §. 2. D. 9. 2. L. 29. §. 2—4. D. ibid.
34) L. 7. §. 1. D. de damno infecto. (39. 2.)
35) L. 7. §. 2. D. 39. 2. L. 9. pr. D. ibid.

walt des Flusses auf mein Grundstück getrieben worden ist. Denn dann brauche ich das Abholen des Floßes oder Schiffes nicht anders zu gestatten, als wenn mir der Eigenthümer für den Ersatz des bereits eingetretenen Schadens Caution leistet[36]). Endlich gehört hierher der Fall, wenn vom nachbarlichen Grundstücke auf das meinige ein Stück Erde herabfällt und von dem Eigenthümer vindicirt wird. Denn hier bleibt es mir vorbehalten, den Vindicanten durch besondere Klage zum Ersatz des durch das Herabfallen verursachten Schadens zu zwingen[37]). — Ist aber die in Frage stehende Beschädigung durch lebendige Gegenstände der vernunftlosen Natur verursacht, so treten die Grundsätze von der actio si quadrupes pauperiem fecisse dicatur ein (siehe den Artikel actio de pauperie).

Was den Einfluß des Casus auf das Periculum der Obligationen anbetrifft, so scheint es am zweckmäßigsten, bei der Darstellung desselben zuerst den Begriff des periculum der Obligationen zu erörtern, sodann die unzweifelhaften Aussprüche der römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung zu erörtern und endlich die vielen in diese Lehre einschlagenden Controversen zu berühren. Unter periculum im weitesten Sinne versteht man den durch Zufall verursachten Schaden[38]). In besonderer Beziehung auf die Obligationen nennt man periculum die Verpflichtung der im Obligationsnexus befindlichen Partei, die Wirkung der Obligation, ungeachtet des eingetretenen Casus, fortbestehen zu lassen[39]). Bei einseitigen Obligationen besteht die Wirkung des periculum obligationis auf den Schuldner darin, wenn er ungeachtet des Unterganges der Sache nicht liberirt wird, also dennoch zahlen muß; vom Gläubiger hingegen wird gesagt, er trage das periculum allein, wenn er seine Forderung ohne Ersatz verliert, also vom Schuldner beim Untergange der Sache nichts mehr fordern kann, weder eine andere Sache noch anderweiten Ersatz. Bei zweiseitigen Obligationen wirkt das periculum obligationis den Verlust des Hauptgegenstandes, ohne daß man dafür Ersatz bekommt. Verliert der Eine indessen bei zweiseitigen, auf Sachleistungen gerichteten Obligationen seinen Anspruch an den Gegner, aber so, daß er die von ihm geschuldete Gegenleistung nicht zu erfüllen braucht, so nehmen die Rechtsquellen dieß schon als Ersatz für seinen Verlust und sagen daher, daß er hier nicht das periculum zu tragen habe. Mithin trifft das periculum denjenigen, welcher beim Eintritt des zufälligen Schadens zahlen muß, ohne die Gegenleistung

---

36) L. 9. §. 3. D. 39. 2. L. 8. D. de incendio ruina. (47. 9.) L. 5. §. 4. D. ad exhibendum. (10. 4.) Bynkershök observation. iur. Rom. lib. IV. cap. 9. beschränkt diese Gesetzstellen nur auf den Fall des Verschuldens von Seiten des Eigenthümers. Siehe dagegen Hepp a. a. O. S. 84—91.

37) L. 9. §. 2. D. 39. 2.

38) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4. S. 367, und Hasse, die Culpa des römischen Rechtes, Cap. 12. §. 9. S. 555—557.

39) Vergl. Wächter, wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XV. S. 104—108.

beanspruchen zu können, oder denjenigen, welcher die Sache bekommen soll, und dennoch wegen Eintritt des Zufalls nichts oder nur Verschlechtertes bekommt und gleichwohl von seiner Gegenleistung, die er für die Sache versprach, nicht frei wird. — Was ferner die Aussprüche der römischen Rechtsquellen in Betreff des periculum obligationis angeht, so finden sich in denselben für die zweiseitigen Obligationen folgende Vorschriften vor. Beim Kaufe ist es eine allgemeine Regel, daß den Käufer vom Abschlusse des Kaufes an das periculum und commodum der gekauften Sache treffe[40]), und es wird dieß aus der allgemeinen Regel hergeleitet, daß nach dem Abschluß des Kaufes die Sache so behandelt werde, als wenn die Uebergabe der verkauften Sache gleich bei dem Abschlusse geschehen wäre[41]). Nur in folgenden Fällen trägt der Käufer das periculum nicht: a) wenn das Geschäft bedingt ist und die Sache vor dem Eintritte der Bedingung zu Grunde geht[42]), es müßte denn ausgemacht sein, daß die Sache von Anfang an auf die Gefahr des Käufers stehe[43]); b) wenn die Sache erst aus einem bestimmten Genus ausgewählt werden soll und das ganze Genus vor der Auswahl zu Grunde geht[44]); c) wenn zwar ein bestimmtes Genus gekauft ist, dasselbe aber erst zugemessen, zugewogen, zugezählt oder probirt werden soll, und es nun vor dem Zumessen, Zuwiegen, Zuzählen oder dem Probiren Schaden leidet[45]). In den genannten drei Fällen wird nämlich in Bezug auf die Gefahr der Obligation angenommen, daß der Kauf noch nicht abgeschlossen worden sei. Ob dieselben Grundsätze, welche vom Kaufe gelten, auch bei den Innominatcontracten eintreten, ist streitig. Nach dem Ausspruche des Celsus[46]) und Ulpianus[47]) unterliegt es keinem Zweifel, daß, falls etwas hingegeben worden ist, damit der Empfänger eine Gegenleistung dafür entrichte, und diese durch Zufall unmöglich gemacht wird, das Hingegebene mit der condictio causa data causa non secuta zurück verlangt werden kann, und es wird dieß als eine Wirkung des Reurechtes (ius poenitendi) bei den Innominatcontracten bezeichnet[48]). Damit ist es aber recht wohl vereinbar, wenn in Bezug auf den Tauschvertrag, der doch unzweifelhaft zu den Innominatcontracten gehört, von Paulus gesagt wird, daß die als Gegenleistung hinzu-

---

40) L. 7. pr. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 8. pr. D. ibid. L. 15. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 5. §. 2. D. de rescindenda venditione. (18. 5.) §. 3. J. de emtione et venditione. (3. 24.)

41) L. 5. §. 2. D. 18. 5. L. 15. pr. D. 23. 3. Vergl. Wächter a. a. O. Th. 15. S. 195—198.

42) L. 8. pr. D. 18. 6. L. 10. §. 4. D. 23. 3. Vergl. Wächter a. a. O. Th. 15. S. 199.

43) L. 10. pr. D. 18. 6.

44) L. 35. §. 7. D. 18. 1.

45) L. 35. §. 5—7. D. 18. 1. L. 1. pr. u. §. 1. D. 18. 6. L. 4. pr. u. §. 1. u. L. 5. D. ibid. Vergl. Wächter a. a. O. Th. 15. S. 201.

46) L. 16. D. de condictione causa data. (12. 4.)

47) L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid.

48) Vergl. Hepp a. a. O. S. 61—63.

gebende specielle Sache auf die Gefahr dessen, der sie empfangen solle, stehe[49]), da ja durch einen solchen Ausspruch die Einwirkung des Reurechtes auf den Contract gar nicht beschränkt werden soll. Freilich steht scheinbar immer noch eine Coderstelle[50]) entgegen, nach welcher das einer künftigen Gegenleistung halber hingegebene Geld nicht zurückgefordert werden soll, wenn diese Gegenleistung nicht durch die Schuld des dazu Verpflichteten, sondern durch Zufall unmöglich wird. Diese Stelle ist indeß ein Rescript, und nach den in den Justinianischen Pandekten enthaltenen Grundsätzen wohl von einem singulären Falle zu verstehen. So die gewöhnliche Meinung, welcher auch Hepp beigetreten ist. Umgekehrt macht Wächter[51]) nach den Worten der zuletzt angeführten Constitution den Grundsatz zur Regel, daß bei Innominatcontracten das einer künftigen Gegenleistung halber Hingegebene, falls diese durch Zufall unmöglich wird, nicht wieder zurückgefordert werden könne, er erklärt ferner daraus die oben angeführte Stelle des Paulus und erblickt in diesen Grundsätzen nur eine Ausdehnung der vom Kaufe geltenden Regeln auf die Innominatcontracte. Im Miethcontracte gilt bezüglich der Sachenmiethe (locatio conductio rerum) die Regel, daß der Vermiether durch den casuellen Untergang der vermietheten Sache zwar von seiner Verbindlichkeit befreit wird, aber vom Abmiether nicht den vollen Miethzins verlangen kann, sondern nur einen Theil desselben, nach Maßgabe des wirklichen Gebrauchs der Sache. Geht aber die vermiethete Sache vor ihrem Gebrauche durch Zufall zu Grunde, so zerfällt der ganze Miethvertrag, und der Vermiether braucht weder ein anderes Object oder Entschädigung zu gewähren, noch der Abmiether den accordirten Miethzins zu zahlen, und falls er ihn bereits im Voraus bezahlt hat, kann er ihn mit der ex conducto actio zurückfordern[52]). Bei der Dienstmiethe (locatio conductio operarum) empfängt der Vermiether der eignen Dienste den Miethzins für die ganze Miethzeit, falls er nicht daran Schuld war, daß diese Dienste nicht abgeleistet worden[53]), und dieser Grundsatz ist auch auf die Advocaten, welche für die Führung eines Prozesses honorirt werden, ausgedehnt worden[54]). Bei der Abmiethe von Diensten zum Zwecke eines durch Menschenhand zu errichtenden oder aufzuführenden Werkes steht das zu errichtende Werk auf die Gefahr des Conductors bis zur Approbation, welcher die widerrechtliche Verzögerung der Approbation von Seiten des Locator in ihren Wirkungen gleichgesetzt wird[55]). Stürzt also bis dahin das

---

49) L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis. (19. 5.) Vergl. Hepp a. a. O. S. 61.

50) L. 10. C. de condictione ob causam datorum. (4. 6.)

51) Doctrina de condictione causa data p. 75, und im Archiv Bd. 15. S. 215.

52) L. 19. §. 6. D. locati. (19. 2.) L. 30. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 33. D. ibid. Vergl. Hepp a. a. O. S. 46. Note 4.

53) L. 38. pr. D. 19. 2.

54) L. 38. pr. D. 19. 2.

55) L. 36. D. 19. 2. L. 37. u. L. 62. D. ibid.

Werk zusammen, so gereicht dieß dem Conductor zum Schaden, und dieser kann vom Locator keinen Ersatz verlangen. Von dem angegebenen Zeitpunkte an steht das Werk auf die Gefahr des Locator und, wenn es einstürzt, muß dieser stets den Preis bezahlen. Aber auch von Anfang an steht der Locator dann für die Gefahr des Werkes ein, wenn der Einsturz oder die Vernichtung desselben durch einen in der von ihm hergegebenen Sache, auf welcher das Werk errichtet werden soll, befindlichen Fehler herbeigeführt wird[56]). Falls die Zumessung des errichteten Werkes nach Füßen oder einzelnen Maßen ausdrücklich bedungen ist, so geht die Gefahr vom Conductor auf den Locator von dem Zeitpunkte an über, wo entweder die Zumessung erfolgt ist, oder wenigstens hätte erfolgen sollen[57]). Im emphyteuticarischen Contracte trifft nach der speciellen Bestimmung der röm. Rechtsquellen[58]), falls nichts Anderes unter den Contrahenten ausgemacht ist, der aus dem zufälligen Untergange des emphyteuticarischen Grundstückes entstehende Schaden den dominus emphyteuseos, dagegen der aus der durch den Zufall hervorgebrachten Verschlechterung oder durch den theilweisen Untergang der Sache entstehende Schaden den Emphyteuta. Mithin hat der letztere im erstgenannten Falle nichts, im zuletzt genannten aber den Canon ungeschmälert zu entrichten. Für den Gesellschaftscontract ist soviel als gewiß anzunehmen, daß, wenn generisch bestimmte Sachen, z. B. eine Summe baar Geld, nach dem Contracte in die Gesellschaftscasse einzuschießen sind, diese vor der wirklichen Ablieferung an dieselbe auf die Gefahr desjenigen stehen, welcher diesen Beitrag zu leisten hat. Mithin muß derselbe, falls sie nach der Absendung, aber vor der Ablieferung durch Zufall verloren gehen, eine andere Sache derselben Art leisten[59]). Trifft aber der Untergang der nach dem Contracte einzuschießenden Sache erst nach der Ablieferung an die Gesellschafscasse ein, so trägt die Gesellschaft im Ganzen den Schaden, und derjenige, welcher die Sache beigesteuert hat, nimmt an allen Rechten seiner Mitgesellschafter und an deren Einschüssen oder ihrem Ertrage Theil, ohne von Neuem etwas beitragen zu müssen. Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn eine individuelle Sache, welche durch den Abschluß des Gesellschaftscontractes Gemeingut geworden ist, durch Zufall zu Grunde geht[60]). Auch begründet es einen Anspruch an die Societät, wenn diese selbst die Veranlassung und die Ursache davon war, daß der Zufall den Eigenthümer betroffen, z. B. wenn einer von den Gesellschaftern im Auftrag der Gesellschaft zu den Zwecken derselben verreist und auf der Reise sein Geld und seine Sachen durch räuberischen Anfall verliert[61]). Soweit die Aussprüche der römischen Rechtsquellen. —

---

56) L. 62. D. 19. 2. L. 59. D. ibid. L. 13. §. 5. D. ibid.
57) L. 62. D. 19. 2.
58) L. 1. C. de iure emphyteut. (4. 66.) §. 3. J. de locat. (3. 24.)
59) L. 58. §. 1. D. pro socio. (17. 2.)
60) L. 52. §. 3. D. 17. 2.
61) L. 52. §. 4. D. 17. 2.

Unter den neueren Rechtsgelehrten herrscht großer Streit darüber, welche Aussprüche der römischen Rechtsquellen als Regel zu betrachten seien. Die ältere Theorie verneint es, daß bei oneroſen Verträgen, wenn die eine Partei nichts oder nur Verschlechtertes leisten kann, der Gegner die Gefahr so zu tragen habe, daß er dennoch seine Gegenleistung geben müsse, und wenn er sie schon gegeben hat, er sie von dem Contrahenten nicht mehr zurückfordern dürfe, und gestattet nur eine Ausnahme in Beziehung auf den Kauf, da hier die klaren Worte der römischen Rechtsquellen das Gegentheil bekunden. Ganz verschieden ist die Ansicht Wächter's[62]), welcher die beim Kaufe vom periculum obligationis geltenden Grundsätze für alle oneroſen Geschäfte zur Regel erhebt, und nur eine Ausnahme davon bei der auf Gebrauchsverstattung einer Sache oder auf Dienstleistungen gerichteten Verträge, bei welchen die Modification jener Grundsätze durch ihre eigne Natur selbst bestimmt werde, eintreten läßt; theils deshalb, weil die römischen Rechtsquellen nirgends andeuten, daß die beim Kaufvertrage ausgesprochenen Grundsätze etwas Singuläres, eine Ausnahme von der Regel seien, theils deshalb, weil Julian[63]) dieselben aus einem allgemeinen Principe herleite, nämlich daraus, daß der Zufall für Erfüllung gelte.

Bei einseitigen Obligationen treten in Betreff des durch Zufall entstandenen Schadens nach dem Ausspruche der römischen Rechtsquellen die allgemeinen Principien von der Zurechnung ein[64]), und wenn mit diesen Regeln der Grundsatz: Niemand ist verpflichtet, den durch Zufall im Obligationsnexus entstehenden Schaden zu ersetzen[65]), in Verbindung gebracht wird, so ist damit weder gesagt, daß der Eigenthümer der beschädigten Sache allein den Schaden zu tragen habe, noch, daß dieser Grundsatz ohne Rücksicht auf die Regeln von der Zurechnung zur Beurtheilung von Obligationsverhältnissen benutzt werden könne. Die Theorie der römischen Rechtsgelehrten in dieser Beziehung ist folgende. Was dem Schuldner im Obligationsnexus als dolus oder culpa angerechnet werden kann, dafür haftet er immer. Ist aber der Gegenstand der Leistung eine individuell bestimmte Sache, welche der Schuldner zurückgeben oder herausgeben muß, und wird derselbe an der Rückgabe durch fremde widerrechtliche Thätigkeit oder durch Naturübel verhindert, ohne daß seine Kräfte zur Abwendung der Gefahr hinreichten und ohne daß er dieselbe durch sein Verschulden herbeigeführt hat, so kann ihm die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit nicht zugerechnet werden, und daher ist er nicht verpflichtet, dem Gläubiger dafür Ersatz zu leisten. Man drückt dieß durch die Regel aus: casus a nullo praestantur. Die Anwendung dieses Grundsatzes kommt am häufigsten da vor, wo der Gläubiger Eigenthümer

62) Im Archiv für civilistische Praxis, Th. 15. S. 98.
63) L. 5. §. 1. D. 18. 5.
64) Vergl. Hepp a. a. O. S. 35—40.
65) L. 23. D. de diversis regulis iuris. (50. 17.)

der verschlechterten oder untergegangenen Sache ist[66]), und so mag man wohl mit Rücksicht auf diese Fälle zur Aufstellung der Regel gekommen sein: casum sentit dominus, welche, in dieser Allgemeinheit gefaßt, weder mit dem Princip: casus a nullo praestantur identisch ist, noch sich aus einzelnen Stellen der römischen Rechtsquellen erweisen läßt. Als Folgerungen aus den eben erörterten Ansichten des römischen Rechtes lassen sich folgende Grundsätze betrachten: a) Wer eine individuelle Sache schuldet, braucht sie nicht zu ersetzen, wenn sie durch Zufall zu Grunde geht[67]). Man drückt dieß gewöhnlich durch die Regel aus: Debitor speciei casuali interitu rei liberatur. Die Befreiung von der Obligation geschieht in diesem Falle ipso iure, nicht per exceptionem. Bei alternativen Verbindlichkeiten, deren Gegenstand individuell bestimmte Sachen sind, kann dieser Grundsatz nur dann in Wirkung treten, wenn beide Objecte der alternativen Obligationen zu Grunde gehen[68]). Geht nur der eine Gegenstand zu Grunde, so muß der übrigbleibende Theil der Obligation immer noch geleistet werden. b) Wenn der Gegenstand der Obligation eine Quantität, d. h. eine bestimmte Summe vertretbarer Sachen ist, so wird der Schuldner durch den Untergang der Summe nie frei von der Verbindlichkeit, dieselbe zu ersetzen. Namentlich ist dieß beim Darlehen[69]) Rechtens, bei der Bestellung des Heirathsgutes an vertretbaren Sachen[70]), bei Obligationen, deren Gegenstand unter einer bestimmten Taxe hingegebene Sachen sind[71]), bei der Hingabe einer Species unter der Bedingung, daß der Empfänger die Sache verkaufe und den Kaufpreis als Darlehen empfange, inwiefern der Nutzen des Empfängers der einzige Grund zur Hingabe der Sache war[72]), und bei dem Depositum,

---

66) Vom Commodatum spricht: L. 1. §. 4. D. 44. 7., L. 18. pr. D. 13. 6.; vom Depositum: §. 3. J. quibus modis re (3. 15.), L. 14. §. 1. u. L. 20. D. depositi vel contra (16. 3.); vom Miethcontracte: §. 5. J. locat. et conduct. (3. 25.), L. 28. C. de locato et conducto (4. 65); vom Pfandvertrage: §. 4. J. quibus modis re (3. 15.), L. 13. §. 1. u. L. 14. D. de pignoraticia actione (13. 7.), L. 19. C. de pignoribus et hypothecis (8. 14.), L. 6. C. de pignoraticia actione (4. 24.); von der Tutelarverwaltung: L. 50. D. de periculo et administr. tut. (26. 7.); vom Kaufe: L. 11. D. de periculo et commodo rei venditae (18. 6.); von dem Innominatcontracte do ut des: L. 17. §. 4. D. de praescriptis verbis et in factum (19. 5.); vom Mandate: L. 26. §. 6. D. mandati. (17. 1.)

67) L. 107. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 23. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) L. 33. D. ibid. Auf Legate wird dieser Grundsatz bezogen in §. 16. J. de legatis. (2. 20.) L. 47. §. 6. D. de legatis I. (30.) L. 92. pr. D. 46. 3.

68) L. 16. §. 1. D. 45. 1. L. 34. §. 6. D. 18. 1.

69) L. 1. §. 4. D. 44. 7. §. 2. J. 3. 15. L. 11. C. si certum petatur. (4. 2.)

70) L. 42. D. de iure dotium. (23. 3.)

71) L. 5. §. 3. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 54. §. 2. D. locati. (19. 2.) L. 10. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 10. C. de iure dotium. (5. 12.)

72) L. 11. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 4. pr. D. ibid.

welches sich durch die Verstattung des Gebrauches der deponirten fungibeln Sachen dem Darlehen nähert[73]). In den vorletzt genannten zwei Fällen wird nämlich angenommen, daß die hingegebene Sache in das Eigenthum des Empfängers übertragen worden und der wahre Gegenstand der Obligation eine bestimmte Quantität von fungiblen Sachen sei, nämlich im ersten Falle die ausgeworfene Taxe, im zweiten der Kaufpreis der hingegebenen Sache. c) Wenn der Gegenstand der Obligation eine nur generisch bestimmte Sache ist, so muß der Schuldner jedenfalls ein Individuum aus der angegebenen Gattung leisten, wenn gleich alle Einzelstücken dieser Gattung, welche zu seinem Vermögen gehören, durch Zufall untergehen[74]). Die neueren Rechtsgelehrten drücken dieß aus durch die Rechtsregel: genus interire non censetur, eine Regel, welche sich indeß in dieser Fassung nirgends in den römischen Rechtsquellen vorfindet. Ist das generisch bestimmte Object vom Anfang an auf eine bestimmte Zahl von Individuen beschränkt, z. B. wenn mir Jemand eins von seinen Pferden, das ich mir aussuchen soll, vermacht, so hört die Verbindlichkeit des Schuldners auf, sobald alle Einzelsachen der bestimmten Zahl durch Zufall zu Grunde gehen[75]). — Unter den neueren Rechtsgelehrten herrscht großer Streit darüber, welches die obersten Grundsätze sind, nach welchen die Gefahr bei einseitigen Obligationen beurtheilt werden müsse[76]). Die meisten älteren Rechtsgelehrten stützen sich hier einzig und allein auf die Rechtsregel casus a nullo praestantur, und suchen aus derselben die ganze Lehre der römischen Juristen vom Casus zu erklären[77]). Diese Meinung wird durch die Tradition mehrerer Jahrhunderte bestätigt und scheint auch durch eine Constitution des Justinianischen Codex erwiesen zu werden[78]). In der neueren Zeit hat Wächter[79]) indeß nachgewiesen, daß die genannte Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian nur scheinbar zur Unterstützung jener Meinung angeführt werden kann und daß die Regel casus a nullo praestantur in consequenter Anwendung auf das periculum obligationum zu einer Reihe der gröbsten Irrthümer führen würde[80]). Er selbst stellt in dieser Lehre die Grundsätze: impossibilium nulla obligatio est[81]) und casus nemo praestat an die Spitze und gelangt durch eine geschickte Combination derselben in Bezug auf Obligationen, die eine Sachleistung zum

---

73) L. 31. D. locati. (19. 2.) L. 4. pr. D. 12. 1.
74 L. 33. §. 1. D. 46. 3. Vgl. Wächter a. a. O. Th. 15. S. 131.
75 L. 30. §. 5 u. 6. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) Vgl. Glück, Erläuteung der Pandekten, Th. 4. S. 388.
76) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Wächter a. a. O. Th. 15. S. 15—120.
77) So Brandenburg specimen iuridicum sistens principia quaedam de damno casuali eiusque praestatione, Gottingae 1793, 4., und Glück a. a. O. Th. 4. S. 376—395.
78) L 9. C. 4. 24.
79) A. a. O. Th. 15. S. 132—137.
80) A. a. O. Th. 15. S. 120 flg.
81) L. 185. D. 50. 17.

Gegenstande haben, zu dem Resultate, daß der Schuldner für den Zufall dann nicht haftet, wenn er den Gegenstand der Leistung nicht prästiren kann oder derselbe für ihn unmöglich geworden ist. Dann müßte aber die zuerst genannte Rechtsregel den Sinn haben, daß der Schuldner von der Verbindlichkeit, die Leistung vorzunehmen, ganz oder theilweise befreit werde, wenn diese Leistung durch Zufall ganz oder theilweise unmöglich geworden ist. Allein diese Rechtsregel besagt, wie man aus der Vergleichung einiger Stellen der römischen Rechtsquellen[82]) ersieht, nur so viel, daß Verträge, welche eine vom Anfang an unmögliche Leistung zum Gegenstande haben, ungiltig sind, und bezieht sich mithin nur auf gleich vom Anfang an unmögliche Leistungen, nicht aber auf solche, welche erst in der Folge durch Zufall ganz oder theilweise unmöglich werden. Besondere Beachtung verdient die Ansicht Madai's[83]), welcher aus den Grundsätzen, welche von der Perpetuation der Obligation durch die Mora des Schuldners gelten, ein allgemeines Princip nachgewiesen hat, aus welchem sich eben so gut die Grundsätze des römischen Rechtes in Betreff des Periculum der einseitigen und zweiseitigen Obligationen erklären lassen. Man unterscheide nämlich bei zweiseitigen Obligationen die verschiedenen Verbindlichkeiten, zu welchen eine von den Parteien verpflichtet ist und beurtheile dieselben nach den in Bezug auf die Perpetuation der Obligation geltenden Grundsätzen, so findet sich in den verschiedenen Vorschriften des röm. Rechtes in Bezug auf Kauf, Miethe u. s. w. eine gewisse Uebereinstimmung. Wir erhalten dadurch zugleich noch den Vortheil, daß die beim Kaufe geltenden Grundsätze über das Periculum sich nicht als eine Singularität herausstellen, vielmehr als eine natürliche, sich von selbst ergebende Folgerung aus der Natur des Kaufvertrages erscheinen. Der neueste Schriftsteller über den zufälligen Schaden, Hepp, hat diese Vermuthung Madai's unberücksichtigt gelassen und die Lehre von der Culp und Diligentia zur Grundlage für die Beurtheilung des periculum obligationis zu machen gesucht.

Von den angeführten Regeln, nach welchen die Gefahr bei Obligationen beurtheilt werden muß, macht es eine Ausnahme, wenn die eine von den Parteien durch den Vertrag ganz oder theilweise die Gefahr übernommen hat[84]), oder sich im Verzuge[85]) befindet. Im ersten

---

82) L. 31. u. 135. D. 50. 17. §. 11. J. de inutilibus stipulationibus. (3. 20.) L. 31. D. 44. 7. L. 69. u. 141. §. 4. D. de verborum obligationibus. (45. 1.) Vergl. Hepp a. a. O. S. 34.

83) Die Lehre von der Mora, §. 45. S. 279—285.

84) L. 1. §. 35. D. depositi vel contra. (16. 3.) L. 7. §. 15 D. de pactis. (2. 14.) L. 39. D. mandati. (17. 1.) L. 22. C. de negotiis gestis. (2. 19.) Daher beim foenus nauticum, in welchem der Gläubiger die Gefahr des Capitals trägt, ein besonderer Vertrag, worin er die Gefahr übernimmt, nothwendig ist. Vergl. L. 7. D. de nautico foenore. (22. 2.) L 4. C. de nautico foenore. (4. 33.) Sonst bleibt der Schuldner, wie im gewöhnlichen Darlehen, dem Periculum unterworfen. L. 2. C. 4. 33.

85) L. 82. §. 1. D. 45. 1.

Falle ist der Vertrag giltig, und wer sich dadurch verpflichtet hat, ist nur insoweit gehalten, als er sich dazu verbindlich gemacht hat, da zu vermuthen steht, daß Jedermann von seinen Rechten so wenig wie möglich nachlasse. Im zuletzt genannten Falle, in der Mora, geht alle Gefahr auf den im Verzug befindlichen Schuldner über, und diese Wirkung bezeichnen die römischen Rechtsquellen mit den Worten: perpetuam facere obligationem [86]).

Was den Beweis des Unglücksfalls anbetrifft, so ist es durchaus nöthig, von dem Standpunkte der Imputation auszugehen, um eine tüchtige Grundlage für die Beurtheilung der vorliegenden Frage zu gewinnen. Es ist aber eine Grundregel des römischen Rechtes, daß wer zur Diligentia und Custodia durch die Natur des Vertrages verpflichtet ist, zum Ersatz des eintretenden Schadens angehalten werden kann, wenn es gewiß ist, daß er nicht den schuldigen Fleiß und die gehörige Achtsamkeit auf die Sache gewendet. Denn die römischen Juristen gehen hierbei von der Ansicht aus, daß der Schaden durch die Anwendung der schuldigen Sorgfalt leicht hätte abgewendet werden können [87]). Es ist mithin ganz den allgemeinen Regeln vom Beweise gemäß, wenn der zur Diligentia Verpflichtete den Schaden ersetzen muß, falls er nicht beweisen kann, daß er allen möglichen Fleiß auf die Sache gewendet habe und doch den Schaden nicht habe abwenden können, oder, was dasselbe ist, daß der Schaden durch bloßen Zufall entstanden sei [88]). Freilich bleibt es dabei dem Gegner im Prozesse immer unbenommen, seinen Gegenbeweis auf die Culpa des Andern zu richten und dadurch die Wirkung des geführten Beweises aufzuheben [89]). Natürlich beschränkt sich diese Regel nur auf den Fall, wenn man mit Contractsklagen die aus dem Contracte stammenden Verbindlichkeiten geltend macht; in allen anderen Fällen, namentlich wenn man zu gleichem Zwecke die Aquilische Klage und andere braucht, treten die allgemeinen Regeln ein, welche vom Beweise bei diesen Klagen gelten [90]), und der Beweis der dem Gegner zur Last gelegten culpa in faciendo und des dolus wird als ein Theil des Beweises des Klagegrundes behandelt werden müssen [91]). Von der hier ange-

---

86) Vergl. Madai, die Lehre von der Mora, §. 44. S. 271—276.

87) L. 2. §. 1. D. 18. 6.

88) L. 2. §. 1. D. 18. 6. L. 11. D. ibid. L. 9. §. 4. D. 19. 2. L. 5. C. 4. 24. Vergl. L. 3. §. 1. D. 13. 6. Vergl. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, Nr. VI. S. 251—266.

89) L. 5. C. 4. 24.

90) Vergl. Weber a. a. O. Nr. VI. S. 251.

91) Nach der Regel ei, qui agit, incumbit necessitas probandi. L. 21. D. de probationibus et praesumptionibus. (22. 3.) L. 8. C. de probat. (4. 19.) L. un. C. de prohibita sequestrat. pecuniae. (4. 4.) L. 9. C. de exceptionibus. (8. 36.) Diese Regel gilt auch beim Verlust der Beweisurkunden fort (L. 23. C. 4. 19. L. 5. C. de fide instrumentorum. (4. 21.) L. 13. C. ibid.), und erstreckt sich auch auf den Beklagten, wenn dieser durch die Vorschützung der Exception die Rolle des Klägers übernimmt. Vergl. L. 19. pr. D. 22. 3. L. 19. C. 4. 19.

nommenen und in den neuesten Zeiten durch Löhr's, Hasse's und Mühlenbruch's Forschungen im Gebiete des Civilrechtes bestätigten Theorie, weichen die Ansichten der älteren Rechtslehrer bedeutend ab[92]). Sie unterscheiden nämlich beim Beweise des Zufalles, ob das Factum des Zufalles streitig ist, oder die demselben vorangehende Culpa des Beklagten. Im ersten Falle bürden sie den Beweis des Zufalls dem letzteren auf; im zuletzt genannten Falle hingegen verlangen sie, daß der Kläger den Beweis der Culpa übernehme, außer wenn die zufällige Thatsache von der Art ist, daß sie gewöhnlicher Maßen durch Fahrlässigkeit desjenigen, in dessen Wohnung sie sich zutragen, entstehen, z. B. Feuersbrünste, Diebstahl u. s. w. Bei Unglücksfällen dieser Gattung unterscheidet man wiederum, ob der Schuldner culpa levissima oder einen minderen Grad zu prästiren habe. Im ersten Falle bürdet man dem Schuldner den Beweis des Casus, oder, was dem gleichkommt, der Anwendung des höchstmöglichen Fleißes auf, während man es für den zuletzt genannten Fall bei der gewöhnlichen Regel bewenden läßt. Diese Unterscheidung beruht indeß auf längst aufgegebenen Ansichten von den Graden der Culpa und auf einer völlig grundlosen Unterscheidung von reinen und gemischten Unglücksfällen, welche dem römischen Rechte ganz unbekannt ist. — Falls wegen der Uebernahme der Unglücksfälle ein Vertrag abgeschlossen worden, kommt Alles darauf an, zu wissen, ob dieselben im Allgemeinen unbestimmt übernommen worden sind oder nicht[93]). Im ersten Falle liegt dem Beklagten der Beweis ob, daß der gegenwärtige Fall ausgenommen sei. Im letzteren muß der Kläger, falls der gegenwärtige Fall im Vertrage nicht erwähnt ist, den Beweis führen, wenn er behauptet, daß die Anführung der im Vertrage benannten Unglücksfälle nur beispielsweise geschehen, und die Absicht der Contrahenten eigentlich auf die Uebernahme aller Unglücksfälle gerichtet gewesen sei; sonst ist der Beklagte freizusprechen. Doch wird es als reine Einrede behandelt, wenn der Beklagte behauptet, der Zufall sei durch die Schuld des Klägers herbeigeführt worden.

Was die Wirkungen des Casus auf dem Gebiete des Strafrechtes anbelangt, so lassen sich dieselben nicht detailiren, ohne genaue Erörterung des Begriffes casus. Casus heißt nämlich im römischen Criminalrechte ein Ereigniß, welches von demjenigen, der es herbeigeführt hat, nicht beabsichtigt worden ist[94]). Er schließt also ebenso gut den verschuldeten, als den nicht verschuldeten Unglücksfall in sich[95]),

---

92) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 4. S. 397—401.

93) Vergl. Westphal, Lehre des gemeinen Rechtes vom Kauf-, Pacht- und Miethcontracte, §. 35. S. 37. Lud. Mencken. diss. de conventione circa praestandos casus fortuitos §. 29. Glück a. a. O. Th. 4. S. 396 flg.

94) L. 5. §. 2. D. de poenis. (48. 18.) L. 28. §. 12. D. ibid. L. 1. §. 3. D. ad legem Corneliam de sicariis. (48. 8.) L. 9. D. de incendio, ruina, naufragio. (47. 9.) L. 2. D. de termino moto. (47. 21.)

95) Vergl. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, Ausg. von Mittermaier, §. 58. Note b.

wenn schon die in der Trunkenheit begangenen Verbrechen manchesmal von dem Begriffe ausgeschlossen werden [96]). Bei der Beurtheilung des casus gehen die römischen Juristen von der Ansicht aus, daß, inwieweit dadurch ein ersetzbarer Schaden verursacht worden ist, die Regeln des Civilrechtes vom Schadenersatz in Anwendung kommen [97]); in Betreff der Criminalstrafe lassen sie die Grundsätze von der Verschuldung eintreten und rechnen, was außer derselben liegt, zu den nicht imputabeln Handlungen [98]). Die Verschuldung erstreckt sich indeß nicht über die Grenzen der culpa lata [99]) hinaus, und mithin ist Alles, was nach dem Civilrechte in das Gebiet der culpa levis gehören würde, im Criminalrechte für straflos zu achten. Das canonische Recht hat an diesen Satzungen des römischen Rechtes nichts geändert und vielmehr an einzelnen Stellen recht deutlich den Grundsatz ausgesprochen, daß Handlungen, die dem Thäter nicht als dolus und culpa zugerechnet werden können, auch keine Strafe nach sich ziehen [100]). Auch die Carolina hat an mehreren Stellen die Zurechenbarkeit der Handlung als unerläßliche Bedingung der Zuerkennung einer Criminalstrafe hervorgehoben [101]), und die neuesten Schriftsteller im Gebiete des Criminalrechtes sind derselben Ansicht.

Eine besondere Erwähnung verdienen hier noch die Rechtsbestimmungen in Bezug auf die Aerzte, welche sich in ihrer Praxis Fehler zu Schulden kommen lassen. Die römischen Juristen machen unwissende und sorglose Aerzte für den schlechten Erfolg ihrer Curen verbindlich, sofern nur der Beweis ihrer Verschuldung vollständig geliefert wird, und beurtheilen denselben nach den Grundsätzen des damnum iniuria datum [102]), während sie sonst ganz allgemein aussprechen, daß der Arzt in der Regel für den Erfolg seiner Curen nicht zu haften habe [103]). Von einer Criminalstrafe der Aerzte ist in den römischen Rechtsquellen nirgends die Rede. Auch das canonische Recht bestätigt im Allgemeinen den Grundsatz, daß unglückliche Curen wohl unterrichteten und sorgsamen Aerzten nicht zuzurechnen sind [104]). In der Carolina [105]) werden sorglose und unwissende Aerzte für den schlechten Erfolg ihrer Curen auch in criminalrechtlicher Hinsicht verbindlich gemacht, und nach Befinden der Umstände mit einer öffentlichen Strafe belegt.

Heimbach.

---

96) L. 11. §. 2. D. 48. 18.
97) L. 9. D. 47. 9.
98) Vergl. Hepp a. a. O. S. 4.
99) L. 9. u. 11. D. 47. 9. L. 3. §. 2. D. 48. 8. L. 4. §. 1. u. L. 7. D. ibid.
100) Cap. 1 u. 2. X. de delictis puerorum. (5. 23.) L. 23. de regulis iuris in VI.
101) Art. 164 u. 179.
102) §. 7. J. ad legem Aquiliam. (4. 3.) L. 7. §. 8. u. L. 8. pr. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)
103) L. 6. §. 7. D. de officio praesidis. (1. 18.) Vergl. Hepp a. a. O. S. 28—30.
104) L. 7. X. de aetate et qualitate et ordine praeficiendorum. (1. 14.)
105) Art. 134.

Causa heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen a) in Bezug auf Sachen[1]) im Allgemeinen die Beschaffenheit und juristische Eigenthümlichkeit einer Sache[2]), und wird daher auch nicht allein auf die mit der Sache verbundenen Vortheile, sondern auch auf die Lasten derselben bezogen[3]). Im engern Sinne wird der genannte Ausdruck nur auf dasjenige bezogen, was zum Vortheile einer Sache gehört[4]), und in gleicher Beziehung finden sich auch die Worte causa rei[5]) und causa omnis[6]) gebraucht. Zur causa in dieser Bedeutung werden in den römischen Rechtsquellen gerechnet die fructus[7]) und die partus[8]), die partuum fructus[9]), ja sogar auch die Aufhebung der juristischen Folgen einer in der Zwischenzeit eingetretenen Usucapion[10]), und wenn an einigen Stellen der Justinianischen Pandekten die fructus und partus namentlich von der causa rei getrennt werden[11]), so ist dabei nicht zu vergessen, daß dieß nur insofern der Fall sein kann, als die Restitution einer Sache in Frage kommt, und daß gerade nur die Früchte einer bestimmten Zeit, welche sammt der Hauptsache zurückgegeben werden müssen, zur causa rei gerechnet werden können. Der Begriff causa verdankt seine nähere Bestimmung zweifelsohne der Doctrin, welche wohl zuerst bei der Eigenthumsklage zu erörtern suchte[12]), was vom Besitzer der Sache zu restituiren sei. Seitdem ist die Restitution der causa omnis fast in allen Klagen angenommen worden, namentlich in den bonae fidei und arbitrariae actiones[13]), und zur Zeit der classischen Juristen war sie auch

---

1) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XXII. tit. I. pars 1. tom. II. p. 32—36. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 8. S. 220—224, und vorzüglich Fr. A. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechtes, Th. 2. S. 238—240.

2) L. 67. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 2. pr. D. de statu liberis. (40. 7.) Vergl. Schilling, Lehrbuch für Institutionen, §. 64. Bd. 2. S. 239. Note d.

3) L. 18. §. 2. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) So rem cum sua causa alienare. L. un. C. rem alienam ger. (4. 53.)

4) L. 35. D. de V. S. (50. 16.) L. 9. §. 7. D. ad exhibend. (10. 4.) L. 8. D. de usuris. (22. 1.) So namentlich in der Redensart causam praestare. L. 2. D. 22. 1. L. 3. §. 1. D. ibid.

5) L. 17. §. 1. D. 6. 1. L. 38. §. 11. D. 22. 1. L. 1. §. 24. D. depositi. (16. 3.) L. 4. C. unde vi. (8. 4.)

6) L. 20. D. de rei vindicat. (6. 1.) §. 3. J. de off. iud. (4. 17.)

7) L. 38. §. 7. D. 22. 1. L. 2. D. ibid. L. 3. §. 1. D. ibid. L. 35. D. 50. 16. Selbst die fructus percipiendi gehören zur causa. L. 4. C. unde vi. (8. 4.)

8) L. 2. D. 22. 1. L. 9. §. 7. D. ad exhibendum. (10. 4.)

9) L. 17. §. 1. D. 6. 1.

10) L. 35. D. 50. 16. Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 8. S. 221.

11) L. 38. §. 11. D. 22. 1. L. 1. §. 24. D. 16. 3. L. 12. pr. D. quod metus causa. (4. 2.)

12) L. 17. §. 1. D. 6. 1. L. 20. D. 6. 1.

13) L. 3. §. 1. D. 22. 1.

bei den stricti iuris actiones unbezweifelt[14]). Selbst auf die Interdicte ist die Restitution der omnis causa angewendet worden[15]). Und vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus muß es wohl als Regel gelten, daß, wo nur das rem restitui in Frage kommt, auch die causa rei mit in Betracht kommt[16]). Was den Zeitpunkt anbetrifft, nach welchem diese Restitution beurtheilt wird, so ist es der der Litiscontestation. Es ist nämlich eine allgemeine Regel, daß, wenn die causa rei restituirt wird, der Kläger alles vom Beklagten vergütet erhalten müsse, was er, der Kläger, von der Hauptsache gehabt hätte, wenn diese ihm zur Zeit der Litiscontestation zurückgegeben worden wäre[17]). Und diese Verpflichtung des Beklagten wird aus der allgemeinen Rechtsregel hergeleitet: quale est, cum petitur, tale dari debet[18]). Doch erstreckt sich die Anwendung derselben nicht über den Zeitpunkt, wo das Urtheil gefällt wird, hinaus[19]), und dieß hat wahrscheinlich seinen Grund in dem Umstande, daß die Ermittelung des Betrages der causa rei in den älteren Zeiten zum officium iudicis, welcher mit der Abgabe der sententia vom Schauplatze abtritt, gerechnet wurde. b) In Bezug auf Handlungen heißt causa der Grund, wodurch man bewogen worden ist, dem Anderen etwas zuzuwenden. In der Regel hat die ausdrückliche Angabe des Grundes keinen weiteren Einfluß auf das Rechtsgeschäft, und selbst ein falscher Beweggrund schadet in der Regel der Giltigkeit des Geschäftes, welchem er hinzugefügt ist, nichts, nach der Rechtsregel: falsa causa non nocet[20]). Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn der Grund in die Form einer Bedingung gekleidet worden ist (denn dann muß er auch als Bedingung behandelt werden)[21]) und wenn überhaupt bewiesen werden kann, daß der, welcher aus einem bestimmten Grunde dem Anderen etwas zugewendet hat, dieß nicht gethan haben würde, wenn er gewußt hätte, daß jener Grund falsch sei[22]). Mit der eben erörterten Bedeutung hängt die des dare ob causam zusammen, d. h. des Hingebens einer Sache in Folge einer bereits wirklich gewordenen Leistung im Gegensatze des dare ob rem, d. h. des Hingebens einer Sache in der Absicht, damit eine zukünftige Leistung erfüllt werde[23]). Im

---

14) L. 31. pr. D. 12. 1. L. 3. §. 1. D. 22. 1.

15) L. 38. §. 4 u. 11. D. 22. 1.

16) L. 20. D. 6. 1. L. 35. D. 50. 16. L. 246. D. ibid. L. 75. D. ibid. L. 38. §. 4 u. 5. D. ibid.

17) L. 20. D. 6. 1. L. 31. pr. D. 12. 1. L. 2. D. 22. 1. L. 3. §. 1. D. ibid. §. 3. J. 4. 17. L. 35. D. 50. 16. L. 246. D. ibid.

18) L. 2. D. 22. 1.

19) L. 3. §. 1. D. 22. 1. L. 17. §. 1. D. 6. 1.

20) Von Legaten spricht: §. 31. J. de legatis. (2. 20.) L. 17. §. 2. D. de conditionibus et demonstrationibus. (35. 1.) L. 72. §. 6. D. ibid.; von Schenkungen: L. 2. §. 7. u. L. 3. D. de donationibus. (39. 5.)

21) §. 31. J. 2. 20. L. 17. §. 3. D. 35. 1.

22) L. 75. §. 6. D. 35. 1. L. 4. C. de heredibus instituendis. (6. 24.)

23) L. 52. D. de condictione indebiti. (12. 6.) L. 65. pr. §. 1 u. 2. D. ibid.

ersten Falle kann das Gegebene in der Regel nicht zurückgefordert werden, selbst dann nicht, wenn der Beweggrund zum Hingeben mit den factischen Umständen nicht übereinstimmt [24]); im letzten ist die Rückforderung des Gegebenen in der Regel erlaubt, wenn die Absicht des Gebers nicht erfüllt worden. c) In Bezug auf Contracte heißt causa, oder, wie die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich sagen, causa civilis, der Inbegriff von Merkmalen, welche das Civilrecht im Gegensatz des prätorischen Rechtes zur Klagbarkeit eines Vertrages verlangt. Den classischen Juristen ist indeß dieser technische Ausdruck völlig unbekannt, und die Stellen, aus welchen man den angegebenen Begriff hat construiren wollen, sind sämmtlich anders zu erklären. In L. 49. §. 2. D. de peculio (15. 1.) heißt causa civilis nach der richtigern Erklärung nur so viel, als eine causa debendi probabilis, d. h. eine causa debendi, welche billigerweise Berücksichtigung verdient. In L. 7. §. 2 und 4. D. de pactis (2. 14.), welche man ebenfalls zur Bestätigung des gewöhnlichen Begriffes von causa civilis benutzt hat, kommt nur der Ausdruck causa vor und zwar in der Bedeutung einer bereits einseitig erfolgten Leistung [26]). Auch scheint es unbegreiflich, daß Caius und die Compilatoren der Justinianischen Institutionen eine so strenge Terminologie, wie sie die neueren Rechtsgelehrten annehmen, in ihren Systemen mit Stillschweigen übergangen hätten, wenn dieselbe dem römischen Sprachgebrauche angemessen gewesen wäre. d) Im Prozesse heißt causa petendi in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das juristische der Klage zu Grunde gelegte Factum. Dieses kann auf zweifache Weise in der Klagschrift angegeben werden, entweder so, daß der Kläger blos eine Verbindlichkeit des Beklagten oder ein Recht an einer Sache behauptet, oder so, daß die Art der Verbindlichkeit oder des Rechtes selbst namhaft gemacht wird. Den zuerst angebenen Fall bezeichnet man mit dem Namen causa petendi proxima, oder generalis, oder fundamentum agendi proximum oder generale, den letzteren mit dem Namen causa petendi remota oder specialis, oder fundamentum agendi remotum oder speciale [27]). Von der angegebenen Terminologie weichen indeß die besseren Prozeßlehrer, wie Grolman [28]) und Gönner [29]) insofern ab, als sie unter dem Worte causa petendi nicht sowohl die factische Grundlage der Klage, als vielmehr die rechtliche Deduction des Klagerechtes verstehen und dieselbe als eine Formel des Uebergangs von der Ge-

---

24) L. 65. §. 2. D. 12. 6. L. 52. D. 12. 6.

25) Vergl. Schweppe, römische Rechtsgeschichte, §. 301. Note 3, herausgegeben von Gründler, S. 554, und Marezoll in Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht, Bd. 3. S. 261. Note 3.

26) Vergl. Buchholz, juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechtes, Nr. 22. S. 276.

27) Vergl. Brackenhöft, über den Klaggrund, in Linde's Zeitschrift für Prozeß und Civilrecht, Bd. 11. S. 184—186.

28) Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 165.

29) Handbuch des gemeinen Prozesses, Bd. 2. Abh. 32. §. 4.

schichtserzählung zur Sachbitte ersehen. Martin[30]) versteht unter dem fundamentum agendi proximum die Deduction des concreten Factums aus der Geschichtserzählung. Im römischen Rechte ist diese technische Bedeutung von causa petendi nicht begründet, und wenn der Jurist Neratius bei der Erörterung der Identitätsfrage im Prozesse den Ausdruck causa proxima actionis braucht, so ist damit weder gesagt, daß darunter das juristische der Klage zu Grunde gelegte Factum zu verstehen sei, noch ein Beweis für die Behauptung geliefert, daß den Römern auch der Kunstausdruck causa remota actionis bekannt gewesen[31]). Vielmehr deuten die angeführten Worte des Neratius nur die Identität des Entstehungsgrundes der Klage an[32]), und können mithin weder auf einen bestimmten Theil der formula, noch des Klaglibells bezogen werden. Auch kann der Ausdruck des Paulus: eadem causa petendi[33]), welcher in Bezug auf die nämliche Frage gebraucht worden ist, nicht anders gedeutet werden, und es erscheint mithin unzulässig, wenn Manche auch diese Stelle zur Rechtfertigung der im heutigen Prozeßverfahren gangbaren Terminologie benutzt haben. Auch wird dieselbe nicht im Geringsten durch den in den canonischen Rechtsquellen herrschenden Sprachgebrauch unterstützt[34]), und es scheint somit rathsam, diese Terminologie ganz aus dem Rechtsgebiete zu verbannen. Heimbach.

Causae probatio[1]) heißt 1) im vorjustinianischen Rechte eine von bestimmten Personen durch ein Gesetz oder Senatusconsult verliehene Begünstigung, wodurch dieselben unter gewissen Voraussetzungen, deren Vorhandensein bei dem Prätor oder Präses der Provinz zu bescheinigen ist[2]), das römische Bürgerrecht und in gewissen Fällen auch die väterliche Gewalt über das aus der Ehe geborene Kind erlangen. Der Name ist erst von den neueren Rechtsgelehrten als Kunstausdruck benutzt worden; Caius und Ulpian sprechen, wenn sie auf dieses Institut kommen, bald von causam probare, bald von causam approbare, und nur an einer einzigen Stelle findet sich die causae probatio in technischer Beziehung neben der adoptio und in manum conventio genannt[3]). Man unterscheidet aber eine dop-

---

30) Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, §. 88. (11. Ausgabe).

31) L. 27. D. de exceptione rei indicatae. (44. 2.)

32) Vergl. Keller, über Litiscontestation u. Urtheil, S. 284 und Brackenhöft a. a. O. Th. 11. S. 237—240.

33) L. 14. pr. D. 44. 2.

34) Vergl. Brackenhöft a. a. O. Th. 11. S. 240.

1) Literatur: Bethmann-Hollweg de causae probatione dissertatio, Berolini 1820. Gans, Scholien zum Gajus, S. 58—79 u. S. 108—137. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes, §. 214. Th. 1. S. 779 flg. v. Vangerow über die Latini Iuniani, §. 31—35. S. 163—199.

2) Caius inst. I. §. 29. Ulp. fr. 3. §. 3. Von der erroris probatio spricht Caius I. §. 67—71. Ulp. fr. 7. 4.

3) Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 6. §. 2.

pelte causae probatio: die eine heißt bei den Neueren causae probatio anniculi, die andere erroris probatio. Jene stützt sich auf eine Vorschrift der lex Aelia Sentia[4]) und der lex Iunia[5]), woraus Manche, wie Pithou[6]), lex Iulia haben machen wollen, und auf ein Senatusconsult, welches unter dem Consulate des Pegasus und Pusio gemacht worden ist[7]). Diese ist durch ein Senatusconsult, welches nach der lex Aelia Sentia, aber vor Hadrian abgefaßt worden ist[8]), eingeführt worden. Beide Arten der causae probatio werden häufig in den vorjustinianischen Rechtsquellen neben einander gestellt[9]), und gleichwohl in dem Institutionensysteme der Alten an verschiedenen Stellen behandelt: die eine bei der Angabe der Gründe, aus welchen die Latinen zur Civität kommen[10]), die andere bei der Aufzählung der Gründe, aus welchen die väterliche Gewalt erworben wird[11]). Was nun zuerst die anniculi probatio angeht, so erlaubte zuerst die lex Aelia Sentia den Freigelassenen, welche durch die Freilassung Latinen geworden waren, wenn sie noch nicht das dreißigste Jahr erreicht hatten, eine Römerin, oder eine Latina Coloniaria, oder eine Latina Juniana zur Frau zu nehmen, dieß in Gegenwart von 7 mündigen römischen Bürgern als Zeugen feierlich zu erklären, und, wenn ihnen aus der Ehe ein Sohn geboren worden und dieser das Alter eines Jahres erreicht hat, den Beweis dieser Thatumstände in Rom vor dem Prätor, in den Provinzen vor dem Präses derselben zu führen[12]). Dadurch erlangt nicht allein der Latine, sondern auch sein Kind und seine Frau, falls diese nicht schon römische Bürgerin ist, das Bürgerrecht[13]); zugleich erhält er aber auch die väterliche Gewalt über das ihm aus der Ehe geborene Kind[14]), und dieses wird demselben gerade so suus haeres, wie wenn es in rechtmäßiger Ehe erzeugt worden wäre. Dabei kommt nichts darauf an, ob das Kind ein Sohn oder eine Tochter ist[15]). Stirbt der Latine eher, als er den Umständen nach die causae probatio vornehmen konnte, so kann nach seinem Tode

---

4) Caius inst. I. §. 29, 31, 80.

5) Caius inst. I. §. 80. Ulp. fr. 3. 3.

6) Ad Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 6. §. 2. Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 30 flg.

7) Caius inst. I. §. 31. Ulp. fr. 3. 4.

8) Caius inst. I. §. 73, II. §. 143, III. §. 73.

9) Caius inst. III. §. 5, 73. Coll. leg. Mos. tit. 16. cap. 2.

10) Caius inst. I. §. 29. Ulp. fr. 3. 3. (anniculi probatio).

11) Caius inst. I. §. 67. Ulp. fr. 7. 4. (erroris probatio).

12) Caius inst. I. §. 29. Ulp. fr. 3. 3. Den Inhalt der Protestation gibt Ulpian dahin an: quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit.

13) Caius inst. I. §. 29. Ulp. fr. 3. 3. Der Kunstausdruck anniculus wird auch in L. 134. D. 50. 16. erläutert.

14) Caius inst. III. §. 5. Collat. legum Mos. tit. 16. cap. 3. §. 15. Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 192—195. Unentschieden ist Gans in den Scholien, S. 129 flg.

15) Caius inst. I. §. 72 u. 73. Ulp. fr. 3. 3.

die Mutter u. s. w. dieselbe mit gleichem Erfolge vornehmen[16]). Auch den Latinen, welche zur Zeit der Freilassung älter waren als dreißig Jahre, ist die anniculi probatio durch ein Senatusconsult, was unter dem Consulat des Pegasus und Pusio abgefaßt worden, gestattet worden[17]). In allen diesen Fällen wird indeß stillschweigend vorausgesetzt, daß nur den männlichen Individuen das Recht der causae probatio direct zukam, und daß mithin die Latina nur mittelbar auf diesem Wege zur Civität gelangen konnte, inwiefern sie nämlich einen Latinen zum Manne nahm[18]). — Einen weiteren Umfang, als die bisher erörterte anniculi probatio, hat im römischen Rechte die erroris probatio. Sie tritt in folgenden Fällen ein: wenn ein römischer Bürger eine Latina, Peregrina oder Dediticia in der Meinung, daß sie römische Bürgerin sei, heurathete[19]); wenn ferner eine römische Bürgerin einen Peregrinen oder einen Dediticius in dem Glauben heurathet, als sei derselbe römischer Bürger oder Latine, vorausgesetzt, daß im letzten Falle die Förmlichkeiten der lex Aelia Sentia beobachtet werden[20]); wenn eine Latina einen Peregrinen, den sie für einen Latinen gehalten, heurathet oder umgekehrt[21]); endlich, wenn ein römischer Bürger im Wahne, er sei ein Latine, eine Latina zur Frau nimmt, oder eine Peregrina im Glauben, er selbst sei Peregrine[22]). In allen diesen Fällen, welche sich auf ausdrückliche Vorschriften des SC., welches die erroris probatio eingeführt hat, stützen, steht es demjenigen, welcher durch den Irrthum über den eignen Stand oder den des Ehegatten in Schaden gekommen ist, frei, falls ihm aus der Ehe ein Kind geboren worden, den Beweis des Irrthums zu führen, und dadurch erlangt nicht allein das Kind, sondern auch die Eltern das römische Bürgerrecht[23]), mit Ausnahme des Falles, wenn der Ehegatte ein Dediticius ist. Denn da diese Classe von Freigelassenen das römische Bürgerrecht erlangen kann, so versteht es sich von selbst, daß auch nach der erroris probatio der Gatte in seinem früheren Stande verbleibt[24]). Zugleich kommt aber auch das aus solcher Ehe erzeugte Kind in die Gewalt seines Vaters, wenn derselbe durch die erroris probatio die Civität erhält[25]), und wird demselben suus haeres[26]). Dabei ist es völlig gleichgiltig, von welchem Alter

---

16) Caius inst. I. §. 32. III. §. 5.
17) Caius inst. I. §. 31. Ulp. fr. III. §. 3.
18) Vergl. Bethmann-Hollweg l. c. p. 105 sq. und v. Wangerow a. a. O. S. 168 flg.
19) Caius inst. I. §. 67. II. §. 142. Ulp. fr. VII. 4.
20) Caius inst. I. §. 68. Ulp. fr. VII. 4.
21) Caius inst. I. §. 69 u. 70.
22) Caius inst. I. §. 71.
23) Caius inst. I. §. 67—71. Ulp. fr. VII. 4.
24) Caius inst. I. §. 67 u. 68.
25) Caius inst. I. §. 67—71. II. §. 142 u. 143. III. §. 5. Ulp. fr. VII. 4. Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 2, 3 u. 6.
26) Caius inst. II. §. 142 u. 143 III. §. 5. Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 6. §. 2. cap. 2. §. 5.

das aus einer solchen Ehe erzeugte Kind ist[27]). Stirbt die zur Probation berechtigte Person, bevor sie dieselbe vorgenommen, so kann auch nach ihrem Tode vom überlebenden Ehegatten dieselbe[28]) mit voller Wirkung nachgeholt werden. Eine Eigenthümlichkeit der erroris probatio scheint es gewesen zu sein, daß der dadurch suus haeres gewordene Sohn jedenfalls das von seinem Vater vorher gemachte Testament rumpirte. Doch ist dieser Grundsatz durch ein unter Hadrian gemachtes Senatusconsult dahin abgeändert worden, daß, falls die causae probatio bei Lebzeiten des Erblassers vorgenommen wird, es beim alten Rechte verbleibt; erfolgt aber dieselbe erst nach dem Tode des Parens, so tritt die Ruption des Testamentes nur dann ein, wenn der Sohn in demselben präterirt ist. Die Erbeinsetzung oder Enterbung des Sohnes verhindert die Ruption[29]). Im Justinianischen Rechte kommt die causae probatio nicht mehr vor, und es ist demnach in den Justinianischen Rechtsbüchern jede Spur des Instituts sorgfältig vertilgt worden. 2) In der Lehre von den Freilassungen heißt causae probatio die Angabe eines statthaften Grundes bei der Freilassung, welche vindicta geschieht, um den Vorschriften der lex Aelia Sentia über das Alter des Freilassers und des Freizulassenden zu entgehen[30]). In Betreff des zuletzt erwähnten Punktes war es nämlich eine allgemeine Verordnung des Gesetzes, daß ein Sclave, welcher jünger war als dreißig Jahre, durch Freilassung nicht anders römischer Bürger werden sollte, als nach vorgängiger causae probatio[31]). War diese Form nicht beobachtet worden, so traten verschiedene Wirkungen ein, je nachdem die Freilassung vindicta oder testamento geschehen war. Im letzten Falle erfolgte das in libertate morari, und der freigelassene Sclave wurde Latine[32]), und dieß scheint als Regel auch in den Fällen gegolten zu haben, wo überhaupt keine vindicta manumissio vorlag. Denn theils deuten darauf einige ausdrückliche Zeugnisse des Caius[33]) und des Theophilus[34]), theils spricht dafür

---

27) Vergl. v. Vangerow a. a. O. S. 189.

28) Caius inst. II. §. 142 u. 143. III. §. 5. Collat. leg. Mos. tit. 16. cap. 2. §. 5.

29) Caius inst. II. §. 142 u. 143.

30) Vergl. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes, §. 208. S. 763—766. v. Vangerow über die Latini Iuniani, §. 5—8. S. 16—38. Auch hier ist bald von causam probare (Ulp. fr. I. §. 12 u. 13), bald von causam approbare die Rede (Caius inst. I. §. 18, 38. und §. 4. u. 6. J. quibus ex causis manumittere licet (1. 6.)).

31) Caius inst. I. 18., Ulp. fr. 1. 12., beschränken diese Vorschrift nur auf die vindicta manumissi. Dieß erklärt sich einfach daraus, daß bei der testamentarischen Freilassung von einer causae probatio nicht die Rede sein kann. L. 4. C. de testamento militis. (6. 21.) Vergl. Zimmern a. a. O. S. 765. Note 21. Bei der Freilassung durch census war wohl schon von Alters her eine Beschränkung auf das dreißigjährige Alter des Sclaven hergebracht. Fr. Dosith. §. 17.

32) Ulp. fr. 1. 12.

33) Caius inst. I. §. 29 u. 31. vergl. mit §. 17.

34) Theoph. paraphr. inst. I. 5. §. 4. ed. Reitz tom. I. p. 62.

der Umstand, daß bei der minder feierlichen Freilassung vor Zeugen das Alter des Sclaven gar nicht berücksichtigt wurde[35]). Im Falle der Freilassung durch vindicta sind die Wirkungen derselben bestritten. Nach einer allgemein für verdorben geltenden Stelle Ulpians[36]) nehmen Einige an, daß der Freigelassene Sclave geblieben sei, während sich doch wohl nur so viel dem Zusammenhange der ganzen Stelle nach mit Gewißheit sagen läßt, daß derselbe nicht Latine wurde. In Bezug auf das Alter des Herrn, welcher den Sclaven freiläßt, verordnete dieselbe lex Aelia Sentia, daß derselbe vor dem zwanzigsten Jahre zu dieser Handlung nur dann befugt sein solle, wenn er einen gerechten Grund der Manumission angegeben habe[37]). Freilassungen, welche ohne die Beachtung dieser Förmlichkeit geschehen, sind nichtig[38]), selbst dann, wenn dieselbe durch Testament[39]) oder inter amicos geschieht[40]). Das Gesetz ging nämlich dabei von dem Grundsatze aus, daß das Wort des jungen Herrn an und für sich bei der Freilassung nicht bindend sein solle[41]). Eine Ausnahme von beiden Vorschriften des Gesetzes trat schon nach älterem Rechte im Falle testamentarischer Freilassung dann ein, wenn der Erblasser insolvent war und einen seiner Sclaven im Testamente unter Ertheilung der Freiheit zum Erben eingesetzt hatte[42]). Der Grund dieser Verfügung war der, damit die aus dem Concurse entstehende bonorum venditio nicht auf den Namen des Herrn geschehe, und die aus derselbe entstehende Infamie von dem Herrn auf den Sclaven gewälzt werde[43]). Doch sollte dieß Privilegium nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nur bei Einem im Testamente eingesetzten Sclaven eintreten[43a]), unter der Voraus-

---

35) Fragm. Dosith. §. 16.

36) Fragm. I. §. 12. Ideo sine consilio manumissum Caesaris servum manere putat. Daß Caesaris unrichtig sei, ergibt sich schon daraus, daß es sonst fieri heißen müßte. Ueber die verschiedenen Emendationsversuche dieser Stelle siehe Zimmern a. a. O. Th. 1. S. 723. Note 15. Schilling animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta spec. I. et II. Lipsiae 1830. p. 43 sq. v. Vangerow a. a. O. §. 6. S. 26—32.

37) Caius inst. I. §. 38. Ulp. fr. I. 13. §. 4. J. qui et a quibus manumissi. (1. 6.) Theoph. l. c. tom. I. ed. Reitz p. 69.

38) Dieß ergibt sich aus der Vergleichung der Ausdrücke von Caius I. §. 18 u. 38. u. Ulp. fr. I. §. 12 u. 13.

39) Caius inst. I. §. 40. §. 7. J. 1. 6. Fr. Dosith. §. 15. L. 4. C. de testamento militis. (6. 21.)

40) Caius inst. I. §. 41.

41) Theoph. I. 6. §. 4. ed. Reitz tom. I. p. 69. L. 4. D. de servis exportandis. (18. 7.)

42) Ulp. fr. I. §. 14. L. 27. D. de manumissis testamento. (40. 4.) Vergl. Caius inst. I. §. 21. §. 1. J. 1. 6. Selbst der Sclave, welcher eine noxa an sich hatte, wurde dadurch römischer Bürger. Ulp. fr. I. §. 14.

43) Caius inst. II. §. 154. §. 1. J. 1. 6. §. 1. J. de heredum qualitate et differentia. (2. 19.) Theoph. I. 6. §. 1. tom. I. p. 65. II. 19. §. 1. p. 423 sq.

43a) Ulp. fr. I. §. 14. §. 1. J. 1. 6. L. 42. D. de heredibus instituendis. (28. 5.) L. 60. D. ibid.

setzung, daß Niemand anders aus einem solchen Testamente Erbe werden kann [44]), und wenn mehrere solcher Sclaven im Testamente zu Erben eingesetzt waren, so erhält entweder nur der überlebende [45]), oder der zuerst genannte [46]) die Freiheit. Die von der lex Aelia Sentia vorgeschriebene causae probatio geschieht vor dem consilium, d. h. der Richterversammlung, welche dem Magistrate, der die Jurisdiction verwaltet, beigegeben ist. Deshalb wird das consilium [47]), stets mit dem Magistrate [48]) und mit der vindicta manumissio in Verbindung gebracht [49]), als ein Theil des conventus geschildert [50]) und die Mitglieder desselben in einigen Stellen der Justinianischen Rechtsbücher geradezu mit dem Namen iudices bezeichnet [51]). Dieß Consilium wurde in Rom und in den Provinzen gehalten [52]); in Rom an festbestimmten Tagen, in den Provinzen am letzten Tage des Conventus [53]). In Rom bestand es aus 10 Mann, fünf Senatoren und fünf Rittern; in den Provinzen aus 20 peregrini recuperatores, und der ganzen Versammlung saß der Magistrat vor [54]). Die Angabe des Grundes zur Freilassung geschah in der Regel durch den Sclavenherrn selbst; doch ließ man in dessen Abwesenheit auch die Angabe durch Stellvertreter zu [55]). Auch läßt es sich nicht füglich bezweifeln, daß die Angabe des Grundes dem Acte der Freilassung vorhergehen mußte [56]). War der Manumissionsgrund einmal angegeben und von der Richterversammlung gut geheißen worden, so konnte derselbe nach einem Rescripte des Pius nicht wieder angefochten werden [57]). Die Zahl der Gründe, welche zur Freilassung berechtigen, ist im römischen Rechte nicht geschlossen. Beispielsweise werden folgende in den römischen

---

44) Ulp. fr. I. §. 14. L. 57. D. 28. 5.
45) L. 42. D. 28. 5.
46) Ulp. fr. I. §. 14. L. 60. D. 28. 5. Vergl. v. Vangerow a. a. O. §. 8. S. 38.
47) Daher der Ausdruck apud consilium probare (Ulp. fr. I. §. 12 u. 13), oder approbare (Caius inst. I. §. 18 u. 38 etc.).
48) Theoph. paraphr. inst. I. 6. §. 4. tom. I. p. 69.
49) Caius inst. I. §. 18 u. 38. Ulp. fr. I. §. 12. §. 4. J. 1. 6. Daher wird bei der manumissio testamento die Möglichkeit der causae probatio geleugnet. L. 4. C. de testamento militis. (6. 21.)
50) Theoph. I. 6. §. 4. p. 69—71. Weniger deutlich ist Caius inst. I. §. 20.
51) L. 16. pr. D. de manumissis vindicta. (40. 2.) L. 1. C. de vindicta libertate. (7. 1.)
52) Caius inst. I. §. 20. Ulp. fr. I. §. 13 a. Theoph. paraphr. inst. I. 4. §. 6. tom. I. p. 70.
53) Caius inst. I. §. 20. Theoph. l. c. p. 71.
54) L. 5. D. 40. 2. Theoph. l. c. p. 71. So erklärt sich der Ausdruck p. 69: *ἐλευθερίαν διδόναι ἐπὶ εὐλόγου αἰτίας ἐπὶ ἄρχοντος ἐν κονσιλίῳ δοκιμαζομένης*, ferner apud consilium manumittere in L. 1. C. 7. 1. u. manumissus ad consilium bei Gruteri inscript. p. DCXXI.
55) L. 15. §. 3. D. de manumissis vindicta. (40. 2.)
56) So Caius inst. I. §. 18 u. 38. Ulp. fr. I. 12, 13. L. 1. C. 7. 1.
57) L. 9. §. 1. D. 40. 2. §. 6. J. 1. 6. Theoph. l. c. p. 74.

Rechtsquellen genannt[58]): wenn Jemand seine leiblichen Eltern, Kinder, Geschwister, seinen Erzieher (paedagogus), seine Amme, seine Pflegekinder, Milchgeschwister oder seinen capsarius, d. h. den, welcher ihm die Bücher trägt, freiläßt; oder wenn er aus seinem Sclaven einen gerichtlichen Vertreter machen will (in diesem Falle wird aber von Seiten des Sclaven ein Alter von wenigstens achtzehn Jahren verlangt)[59]); oder wenn der Herr seine Sclavin freiläßt, um sie dann zu heurathen, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß der Ehe kein gesetzliches Hinderniß im Wege stehe und daß der Freilasser bei der causae probatio eidlich verspreche, dieselbe binnen 6 Monaten zu heurathen[60]). Auch besondere Verdienste des Sclaven um den Herrn gelten als zureichende Gründe, z. B. wenn er ihn aus einer Lebensgefahr gerettet oder von Umständen, welche seiner Ehre hätten gefährlich werden können, befreit hat[61]). Selbst wenn die Freilassung geschieht, um einer dem Freilasser auferlegten Bedingung zu genügen[62]), oder um einen Tutor zu haben, war die causae probatio nicht unzulässig[63]). Ueberhaupt werden die Mitglieder des Consiliums angewiesen, solche Gründe zu berücksichtigen, welche auf eine gerechte Zuneigung des Herrn zum Sclaven schließen lassen, und nicht blos in der Laune des Freilassers ihren Grund haben[64]). — Im Justinianischen Rechte ist der eine Grund der causae probatio bei Freilassungen, nämlich das noch nicht dreißigjährige Alter des Sclaven, durch die Verordnung Justinians, daß jeder Sclave unter dreißig Jahren auch ohne Befragung des consilium durch die Freilassung römischer Bürger werden könne[65]), weggefallen und dieser Umstand hat auf die Abfassung der Justinianischen Institutionen insofern eingewirkt, als die diesen Grund betreffenden Stellen aus den Institutionen des Caius in dem angeführten Rechtsbuche weggelassen worden sind. Der andere oben angegebene Grund der causae probatio das noch nicht zwanzigjährige Alter des Freilassers, ist zwar im Justinianischen Rechte annoch giltig[66]), doch ist auch seine Wirksamkeit durch die Verordnung Justinian's beschränkt worden, daß im Fall der testamentarischen Freilassung schon das erreichte achtzehnte Jahr von

---

58) Caius inst. I. §. 19, 39. §. 5. J. 1. 6. Theoph. l. c. p. 73. Vergl. auch L. 9. 11. 13. 14. 15. u. 25. D. 40. 2.

59) L. 13. D. 40. 2. §. 5. J. 1. 6. Theoph. l. c. p. 74.

60) §. 5. J. 1. 6. Theoph. l. c. p. 74. L. 13. D. 40. 2. Auch den Frauen ist dieser Grund unter gewissen Bedingungen gestattet worden. L. 14. §. 1. D. 40. 2.

61) L. 9. pr. L. 15. §. 1. D. 40. 2.

62) L. 15. pr. D. 40. 2.

63) L. 25. D. 40. 2.

64) L. 16. pr. D. 40. 2.

65) L. 2. C. communia de manumissionibus. (7. 15.) Nach diesem Gesetze berücksichtigte man von Alters her die Verordnung der lex Aelia Sentia nicht mehr bei der Freilassung in der Kirche.

66) Vergl. Dig. 40. 2. Cod. 7. 1. J. 1. 6.

Seiten des Sclavenherrn ausreichen solle, um denselben der Nothwendigkeit, die causae probatio vorzunehmen, zu überheben [67]).

Heimbach.

Cautelarjurisprudenz [1]) (iurisprudentia cavens, heurematica oder cautelaris) heißt derjenige Theil der praktischen Rechtswissenschaft, welcher die Anweisung an die Hand giebt, wie man bürgerliche Rechtsgeschäfte auf eine vorsichtige, bündige und vortheilhafte Weise einzurichten habe. Die genannten Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd, und verdanken ihren Ursprung den neueren Rechtsgelehrten. Die Römer haben die Lehre von den Cautelen im Rechte nie vernachlässigt, vielmehr rechnete man schon zu den Zeiten der freien Republik das cavere zu den Hauptgeschäften der Juristen, und erwähnte es neben den andern beiden Zweigen ihrer praktischen Thätigkeit, dem scribere und respondere [2]). Unter cavere versteht man aber in der Kunstsprache dieser Zeiten das Zusammensetzen von Cautionsformularen für Andere, und diese Bedeutung ist theils von Rednern [3]), theils von Dichtern [4]) zu Witzworten benutzt worden. Solche Cautelen waren bald bei Contracten, bald bei Testamenten nothwendig [5]), und es steht nicht zu bezweifeln, daß gerade zur Errichtung solcher Rechtsgeschäfte die Juristen am liebsten zugezogen wurden. Auch wurden von einzelnen bewährten Rechtsgelehrten Sammlungen solcher Cautionsformulare veranstaltet. Aus den Zeiten der freien Republik wird uns insbesonder Manilius genannt, dessen venalium vendundorum leges [6]) Formulare zu Kaufcontracten für Sclaven u. s. w. enthielten; aus den Kaiserzeiten gehört hierher die Schrift des Modestin: de eurematicis liber singularis, in welcher er nicht allein bestimmte Formeln angab, sondern auch Rath ertheilte, wie man sie in kritischen Fällen zu nehmen habe [8]), und mit diesem, vom Schriftsteller in dieser Schrift verfolgten Zwecke hängt wohl auch der Titel des Buches zusammen. Wenigstens bezeichnet εὕρημα in der Kunstsprache

---

67) §. 7. J. 1. 6. Der Kaiser beruft sich dabei auf den, für die Postulation vorgeschriebenen Alterstermin. §. 7. J. 1. 6. Theoph. l. c. p. 76. L. 1. §. 3. D. de postulando. (3. 1.)

1) Literatur: Brenkman de eurematicis diatriba, Lugd. Batav. 1706. Heineccius de iurisprudentia cavente, in Eiusdem opusculis minoribus, opusc. VIII. p. 301—338. Hertius de iurisprudentia cavente in Eiusdem opuscul. tom. III. p. 1—28. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 1. S. 274—277.

2) Cic. de orat. I. 48.; de off. II. 19.; ad. fam. VII. 6.; pro Muraena 9 u. 12. Vergl. Brenkman de eurematicis Diatr. cap. I. p. 13—16.

3) Cic. pro Mur. 12.; Fam. 7. 6.

4) Ovid. de arte am. I. 83.

5) Vgl. Brenkman l. c. p. 28.

6) Cic. de orat. I. 58. Manilii actiones heißen sie bei Varro de re rust. II. 5.

7) L. 65. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 58. D. soluto matrimonio. (24. 3.) Vergl. Brenkman l. c. cap. I. p. 22.

8) L. 25. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) Vergl. Brenkman l. c. p. 22.

der Griechen häufig ein Auskunftsmittel[9]), was die römischen Juristen öfters durch remedium bezeichnen [10]). Der Zweck solcher Cautelen war der, die Strenge des bürgerlichen Rechtes, welche zu manchen Chikanen und Unbilligkeiten Anlaß gab, zu mildern und auf die natürliche Billigkeit zurückzuführen. In die Justinianischen Rechtsquellen ist nicht allein eine bedeutende Anzahl Fragmente aus der genannten Schrift des Modestin wörtlich übertragen worden, sondern es sind auch dabei die Schriften anderer Juristen, welche solche Cautelen an die Hand geben, berücksichtigt worden. Die wichtigsten Beispiele solcher echt römischen Cautelen sind die clausula codicillaris (siehe den einschlagenden Artikel), die Cautel, welche bei der Pupillarsubstitution stattfindet[11]), die clausula confirmatoria, wodurch im Testamente Codicille bestätigt werden u. s. w. Auch die neueren Juristen haben es nicht verabsäumt, dergleichen Cautelen zu erfinden. Dahin gehört die sogenannte cautela Socini, welche bei Beschwerungen des hinterlassenen Pflichttheiles (siehe den Artikel Pflichttheil) in Anwendung kommt. Auch fehlt es nicht an Sammlungen solcher Cautelen im neueren Rechte, unter denen die Tractate de cautelis contractuum, testamentorum, iuramentorum von Samuel Stryck, die iurisprudentia heuristica p. I. und II. von Claproth, einen vorzüglichen Platz einnehmen. Doch ist nicht zu verkennen, daß ein großer Theil der von diesen Schriftstellern aufgestellten Cautelen überflüssig und unnütz erscheint, und es ist leider nur zu sehr zu beklagen, daß es noch keinem ausgezeichneten Juristen der neuern Zeit gefallen hat, den unkritisch geordneten Stoff mit der Fackel der historischen Kritik zu beleuchten und auf einfache Principien zurückzuführen. Wie groß die Verwirrung sei, welche hier auch bei den vorzüglichsten Schriftstellern dieser Gattung gleichmäßig sich vorfindet, läßt sich schon aus den gangbarsten Eintheilungen der Cautelen ersehen.

Die Cautelen werden nämlich von den neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich eingetheilt a) in generelle (allgemeine) und specielle[12]). Jene sind solche, welche entweder bei allen oder wenigstens bei den meisten Geschäften stattfinden, z. B. die Begebung verschiedener allgemeiner Ausflüchte, wie des Betrugs, der Furcht, des Zwanges, des Irrthums, der Verjährung u. s. w.; die Eidesclausel, d. h. die Verstärkung einer Verbindlichkeit durch die Einschaltung der Worte: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort; die Clausel sub hypotheca bonorum; endlich Protestationen und Reservationen. Specielle Cautelen heißen solche, welche nur auf eine einzige Art von Geschäften Anwendung leiden, z. B. die Codicillarclausel, die mystische Erbeinsetzung, die So-

---

9) Suidas ed. Kuster tom. I. 905. und der von ihm citirte Xenophon Cyrop. II. 3. 11. Vergl. Heineccius l. c. p. 311.

10) L. 65. D. de evictionibus. (21. 2.) Vergl. Brenkman l. c. p. 16.

11) §. 3. J. de pupillari substit. (2. 16.)

12) Vergl. Glück a. a. O. Th. 1. S. 275 flg.

cinische Cautel, die Clausel des Verkaufes, Wiederkaufes u. s. w. b) In erlaubte und unerlaubte Cautelen[13]). Jene sind solche, welche mit den Worten und dem Sinne der Gesetze übereinstimmen; diese solche, welche einem von beiden widersprechen, und dazu rechnet man namentlich die Verwandlung der Contracte in der Absicht, das Gesetz zu umgehen, z. B. im contractus mohatrae[14]), die Renunciation der Verletzung über die Hälfte beim Kaufe und die Begebung der exceptio usurariae pravitatis. Solche unerlaubte Cautelen werden nach der einstimmigen Meinung der neueren Rechtsgelehrten pro non scriptis gehalten und erscheinen mithin als unnütz. Man stützt diese Entscheidung theils auf den Grundsatz, daß Cautelen nicht zum Deckmantel verbotener Handlungen dienen sollen, theils darauf, daß Handlungen, welche in der Absicht vorgenommen werden, das Gesetz zu umgehen, ebenso wenig juristische Folgen haben können, als solche, welche den Worten des Gesetzes ausdrücklich widersprechen[15]). c) In nothwendige (necessariae), nützliche (utiles) und überflüssige (abundantes)[16]). Jene sind solche, ohne deren Einfügung das Geschäft in der Maße, wie es eingegangen worden ist, nicht bestehen kann, z. B. die Socinische Clausel bei der Beschwerung des Pflichttheiles. Nützliche Cautelen sind solche, deren Weglassung der Giltigkeit des Geschäftes an und für sich nichts schadet, deren Hinzufügung indeß besondere, von der Hinzufügung abhängende Vortheile gewährt, z. B. die Codicillarclausel bei Testamenten. Ueberflüssige Cautelen sind solche, deren Hinzufügung zum Geschäfte weder nöthig noch nützlich ist. Diese werden in der Regel als gar nicht hinzugefügt geachtet[17]) und haben auf die Giltigkeit des Geschäftes keinen Einfluß. Gewöhnlich verdanken sie ihren Ursprung der Gedankenlosigkeit der Notare, welche sie aus früheren Contractsinstrumenten herübernahmen, oder dem fruchtlosen Streben mancher Praktiker, hinter Cautelen den Mangel des eignen Wissens zu verbergen. Heimbach.

Cautio [1]) heißt in der ursprünglichen Bedeutung jedes Mittel, wodurch ich einen Andern wegen eines zu befürchtenden Nachtheiles sicher stelle. Daraus erklärt es sich, daß Schuldscheine über empfangene

---

13) Vergl. Hertius l. c. p. 9—17.

14) L. 3. §. 3. D. de SC. Macedoniano. (14. 7.) Vergl. Hertius l. c. p. 13—15.

15) L. 29. u. 30. D. de legibus, SC. (1. 3.) vergl. mit L. 5. C. de legibus, constitut. princ. (1. 14.)

16) Vergl. Hertius l. c. p. 16 sq.

17) Arg. L. 65. D. de V. O. (45. 1.) Vergl. Hertius l. c. p. 14.

1) Die Literatur der Lehre von den Cautionen ist sehr dürftig. Einiges hierher Gehörige enthalten Bavii Voordae diss. de vadimonio (Trai. ad Rhenum 1751), in Fellenbergi iurisprudentia antiqua tom. II. p. 3, und die Erklärer zu dem Pandektentitel: qui satisdare coguntur (2. 8.), namentlich Voet und Noodt. Von Glück's Erläuterung der Pandekten gehört hierher Th. III. S. 426—482. Sehr gute Bemerkungen enthalten die Noten von Schrader ad Iust. inst. III. 19. p. 506—508.

Darlehen[2]) und Quittungen des Gläubigers über getilgte Schulden[3]) mit diesem Namen bezeichnet werden. Im engern Sinne versteht man unter dem Ausdruck Sicherheitsbestellungen für die künftige Erfüllung irgend einer Verbindlichkeit[4]). Im engsten Sinne erstreckt man den Begriff nur auf eine solche Sicherheit, welche durch das bloße Versprechen geleistet wird, im Gegensatze der sadisdatio, d. h. der Caution durch Bürgen[5]).

Was die Eintheilungen der Cautionen anbetrifft, so scheinen hier vorzüglich folgende beachtenswerth: 1) freiwillige (voluntariae oder conventionales) und nothwendige (necessariae). Diese sind solche Cautionen, welche auf einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhen und mithin durch gerichtliche Zwangsmittel herbeigeführt werden können, z. B. die cautio damni infecti, legatorum servandorum u. s. w. Jene sind solche, welche auf der freien Uebereinkunft der Contrahenten beruhen. Diese Eintheilung findet sich schon in den römischen Rechtsquellen vor[6]), und wird in denselben nur in Bezug auf gewisse Vortheile erwähnt, welche bei der nothwendigen Caution dem Caventen zu statten kommen und bei der freiwilligen wegfallen. Sonst hat sie weiter keinen wissenschaftlichen Werth. 2) Perpetuae cautiones und temporariae. Diese sind solche, deren Wirkung auf eine bestimmte Zeitfrist von Anfang an beschränkt ist, z. B. die cautio damni infecti. Jene sind solche, deren Wirkung dauernd ist, was indeß manche neuere Rechtsgelehrte auf einen Zeitraum von dreißig oder mehr Jahren beschränken, gewiß nach Analogie der perpetuae actiones im alten Civilrechte. Dahin rechnet man die cautio doli mali. Diese Eintheilung ist in den römischen Rechtsquellen wohl der Sache nach, nicht aber dem Namen nach begründet und hat für uns keinen weiteren wissenschaftlichen Werth. 3) Stipulationes iudiciales, praetoriae, conventionales, communes[7]). Iudiciales heißen solche nothwendige Cautionen, welche der Privatrichter vermöge seines Officiums auferlegt, z. B. die cautio doli[8]). Diese Benennung hängt jedenfalls mit dem alten ordo iudiciorum zusammen, in welchem der Prozeß von dem Prätor eingeleitet und von dem Privatrichter entschieden wurde[9]), und ist im Justinianischen Rechte, wo der Magistrat den Prozeß in eigner Person

---

2) L. 25. §. 4. D. de probationibus. (22. 3.) L. 40. D. de rebus creditis (12. 1.) etc.

3) L. 15. D. 22. 3. L. 32. §. 1. de administr. et periculo tut. (26. 7.) etc.

4) L. 1. §. 4. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)

5) L. 63. §. 4. D. pro socio. (17. 2.) L. 3. C. de verborum et rerum signif. (6. 38.) Daher der Gegensatz von nuda cautione cavere u. satisdato cavere in L. 2. §. 6. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 1.)

6) L. 7. §. 1. D. qui satisdare coguntur. (2. 8.)

7) Pr. J. de divisione stipulationum. (3. 19.)

8) §. 1. J. 3. 19. Vergl. L. 25. §. 10. D. familiae herciscundae. (10. 2.) Eine andere Bedeutung von iudicialis stipulatio kommt unter Nr. 4 vor.

9) Schrader ad §. 1. J. 3. 19. p. 506. A.

leitet und entscheidet, aus dem älteren Rechte stehen geblieben. Praetoriae stipulationes heißen solche, welche der Prätor vermöge seines Officiums auferlegt, z. B. die cautio damni infecti und legatorum servandorum causa[10]). Auch dieser Begriff hängt mit dem Wirkungskreise des Prätors im vorjustinianischen Rechte zusammen und ist im Justinianischen Rechte ebenfalls als Antiquität stehen geblieben. Daher kommt es, daß das classische Pandektenrecht die Cognition über Streitigkeiten, welche solche Stipulationen betreffen, dem Prätor ausdrücklich zuweist[11]). Zu dem Begriff der praetoriae stipulationes werden nach Anleitung der Justinianischen Institutionen auch die aedilitiae stipulationes gerechnet, d. h. solche, welche die Aedilen vermöge ihres Officiums auferlegen, z. B. die stipulatio duplex[12]). Conventionales heißen solche Stipulationen, welche weder auf Befehl des iudex, noch des Prätors auferlegt werden, sondern blos vom Vertrage der Parteien abhängen[13]). Ihre Anzahl ist im römischen Rechte nicht beschränkt, und es giebt ihrer fast ebenso viele, als Vertragsweisen vorkommen. Communes heißen solche Cautionen, welche bald durch den Befehl des Prätors, bald durch den des Privatrichters auferlegt werden, z. B. die cautio rem pupilli salvam fore und die cautio de rato[14]). Diese Gattung von Cautionen wurde in der Regel vom Prätor auferlegt; vom Privatrichter nur in dringenden Fällen, oder wo die Lage der Sache es mit sich brachte, daß der Privatrichter statt des Prätors einzugreifen hatte[15]). Daher sie auch in einigen Stellen geradezu den praetoriae stipulationes zugezählt werden[16]). 4) Eine Unterabtheilung der prätorischen Stipulationen ist die in stipulationes iudiciales, cautionales und communes[17]). Iudiciales heißen solche, welche eines obschwebenden Prozesses halber geleistet werden, um dessen Ausgang zu sichern, z. B. die cautio iudicatum solvi und die, welche bei der novi operis nuntiatio stattfindet[18]). Cautionales sind solche, welche die Eigenthümlichkeiten der Klagen haben und deßhalb geleistet werden, um eine neue Klage zu begründen, z. B. die stipulatio damni infecti und die, welche bei der Ausantwortung von Legaten, bei der Uebernahme der Vormundschaft stattfindet, und die cautio de rato[19]). Communes heißen solche, welche beide Zwecke vereinen, wie z. B. die Stipulationen, welche zum Zwecke des Vadimonium abgegeben werden[20]). Indessen macht Ulpian,

10) §. 2. J. 3. 19. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)
11) L. 1. §. 9 u. 10. D. 46. 5. L. 9. D. ibid.
12) Theoph. paraphr. inst. III. 19. §. 2. ed. Reitz. tom. 2. p. 641.
13) §. 3. J. 3. 19.
14) §. 4. J. 3. 19. Eine andere Bedeutung von communes stipulationes wird unter 4 vorkommen.
15) Theoph. III. 19. §. 4. tom. II. p. 641 sq.
16) L. 1. §. 2. D. 46. 5.
17) L. 1. pr. D. 46. 5.
18) L. 1. §. 1. D. 46. 5.
19) L. 1. §. 2. D. 46. 5.
20) L. 1. §. 3. D. 46. 5

welcher diese Eintheilung der prätorischen Stipulationen hauptsächlich hervorhebt, die Bemerkung, daß alle Stipulationen ihrem Grundcharakter nach cautionales sind, d. h. den Zweck haben, den Gläubiger für die Erfüllung irgend einer Verbindlichkeit größere Sicherheit zu verschaffen, als er ohne die Stipulation haben würde.

In Bezug auf die Form der Cautionen setzt das römische Recht voraus, daß sie in Stipulationen eingekleidet werden; daher die aus der Caution entstehende Klage gewöhnlich actio ex stipulatu genannt wird. Geschieht die Caution in der Form der einfachen Stipulation zwischen dem Caventen und dem, welchem sie geleistet wird, so nennt man dieß in der Sprache der Pandektenjuristen repromissio [21]), nuda repromissio [22]), nuda promissio [23]); im Gegensatze der satisdatio, eines Ausdrucks, mit welchem die römischen Juristen die Caution bezeichnen, welche unter Stellung von Bürgen gemacht wird [24]), wenn schon der Kunstausdruck satisdatio im weiteren Sinne manches Mal auch auf die nuda repromissio bezogen wird [25]). Neben diesen Cautionsformen kennt das Justinianische Pandektenrecht auch die Caution durch Bestellung von Pfändern [26]), durch Deposition von Geldsummen oder ungemünztem Gold und Silber [27]). In manchen Fällen kommt auch die Bestellung der Caution durch Ableistung eines Versprechungseides vor [28]). Die neueren Rechtsgelehrten, welche sich auf diese Thatsachen stützen, theilen die Cautionen in solche, welche durch ein Versprechen ohne Dazwischenkunft von etwas Anderem geleistet werden, und in solche, in welchen etwas Anderes, an das sich der Gläubiger halten kann, beim Versprechen concurrirt. Die zuerstgenannte Art der Cautionen heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen Verbalcaution (cautio verbalis); die zuletztgenannte Realcaution (cautio realis). In den Verbalcautionen unterscheidet man wieder den Vorstand mittelst bloßer Angelobung (cautio nude promissoria), wenn die Caution im bloßen Versprechen besteht, und den eidlichen Vorstand (cautio iuratoria [29]) oder adiuratoria [30])), wenn das Versprechen durch

---

21) L. 1. §. 8. D. 46. 5. L. 1. §. 5. D. ibid.

22) L. 1. §. 5. D. 46. 5. §. 2. J. de satisdationibus. (4. 11.)

23) L. 3. C. de verborum et rerum significatione. (6. 38.)

24) L. 1. §. 5. 7 u. 8. D. 46. 3. L. 9. §. 4 u. 5. D. de damno infecto. (39. 2.) vergl. mit L. 7. D. 46. 3. u. L. 1. D. qui satisdare coguntur. (2. 8.)

25) L. 61. D. de verborum significatione. (50. 16.)

26) L. 1. §. 9. D. de collatione. (37. 6.) L. 7. D. 46. 5.

27) L. 7. D. 46. 5.

28) Caius inst. IV. §. 185. L. 16. D. qui satisdare coguntur vel iurato promittunt. (2. 8.) L. 17. pr. C. de dignitatibus. (12. 1.) L. 8. C. de principibus agentium in rebus. (12. 22.) L. 4. §. 2. C. de castrensianis. (12. 26.) L. 12. pr. C. de proximis sacrorum scriniorum. (12. 19.) Nov. 22. cap. 44. §. 5. Nov. 112. cap. 2. pr. Nov. 134. cap. 9.

29) Der Name findet sich in §. 4. J. de satisdationibus. (4. 11.) L. 12. C. 12. 19. L. 17. pr. C. 12. 1.

30) Der Name findet sich in L. 4. §. 2. C. 12. 26. L. 8. C. 12. 22.

den Eid des Versprechenden bekräftigt wird. Unter den Realcautionen unterscheidet man wieder solche, welche dem Gläubiger zur größeren Sicherheit entweder ein persönliches, oder ein dingliches Recht gewähren. Von der letzteren Art ist die Bestellung der Sicherheit durch Pfand, aus welcher für den Gläubiger die Pfandklagen erwachsen, heutzutage cautio pignoraticia genannt; von der erstgenannten Art ist die Cautionsleistung durch Stellung von Bürgen, von den Alten satisdatio, von den Neueren cautio fideiussoria genannt. Manche neuere Rechtslehrer[31]) gehen noch weiter und nehmen auch einen Vorstand durch Arrest an, der an der Person oder an der Sache angelegt wird. Im ersten Falle bleibt die Person in Haft, bis eine gewisse Verbindlichkeit erfüllt wird; im zweiten Falle gewährt man die Detention einer streitigen Sache entweder dem Gläubiger, welcher auf Erfüllung der Verbindlichkeit dringt, und dann wird diese Caution zum Retentionsrechte, oder man gewährt sie dem Richter, und dann wird dieselbe zur Sequestration. — Was die Regeln anbetrifft, nach welchen die Form der Cautionen zu beurtheilen ist, so scheint es ein Grundsatz des Justinianischen Rechtes zu sein, daß in der Regel, wo Caution verlangt wird, die nuda repromissio als ausreichend betrachtet wird, ausgenommen, wenn durch den Vertrag etwas Anderes ausgemacht ist[32]). Ist von einer hinlänglichen Sicherheit (idonea cautio) die Rede, so müssen Bürgen oder Pfänder bestellt werden[33]). Cautionen, welche vom Prätor auferlegt werden, beschränken sich, wenn sie als satisdationes bezeichnet werden, auf die Stellung von Bürgen[34]). Doch gilt es als ein Vorrecht gewisser Personen im Prozesse, daß sie nur durch nuda repromissio, d. h. durch simples Versprechen caviren. Dahin gehören nach römischem Rechte die Geistlichen, wenn sie vor geistlichen Gerichten verklagt werden[35]), ein Privilegium, was indeß heutzutage nicht mehr beobachtet wird, und nach dem heutigen Gerichtsbrauche städtische Gemeinden, welche nach dem Pandektenrechte[36]) dieß Privilegium nur bei der cautio legatorum nomine genießen. Von aller und jeder Caution sind im bürgerlichen Prozesse nach dem heutigen Rechte befreit die Possessoren, d. h. solche, welche Grundstücke im Lande besitzen, wenn schon manche Juristen von ihnen nach den Vorschriften des neueren Rechtes[37]) wenigstens eidliche Caution verlangen[38]); alle öffentliche Beamte, welche ansehnliche, fixe Besoldung

---

31) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 3. S. 430.

32) L. 1. §. 8. D. 46. 5. L. 3. C. 6. 38.

33) L. 59. §. 6. D. mandati vel contra. (17. 1.) L. 4. §. 8. D. de fideicommissariis libertatibus. (40. 5.)

34) L. 7. D. 46. 5.

35) L. 33. §. 3. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) In Civilgerichten müssen die Geistlichen durch Pfandbestellung caviren. Nov. 123. c. 21. §. 2.

36) Siehe Glück a. a. O. Th. 3. S. 455.

37) Arg. L. 6. §. 1. D. 36. 3.

38) Vergl. Glück a. a. O. Th. 4. S. 460—463.

haben[39]), und endlich der Fiscus[40]). Eidliche Caution ist im Justinianischen Rechte nur als Ausnahme zulässig, und zwar entweder als Privilegium gewisser Beamten, wie der illustres viri[41]), der principes agentium in rebus[42]), der memoriales[43]), oder als Surrogat der vom Gesetze verlangten Sicherheitsbestellung durch Bürgen, falls die Person, welche die Sicherheit zu leisten hat, eidlich versichert, daß sie nicht im Stande sei, Bürgen aufzubringen[44]), und als Vorrecht der Possessoren in der cautio iudicio sisti, falls dieselben nicht es vorziehen, die Caution durch Bürgen zu leisten[45]). — Besondere Vorschriften enthalten die römischen Rechtsquellen in Betreff der unter Stellung von Bürgen gerichtlich zu leistenden Cautionen. Untauglich zur Bürgschaft erscheinen Weiber, Soldaten, Minderjährige, außer wenn sie ihres eignen Vortheils halber bürgen[46]). Auch Sclaven sind zur Bürgschaft unfähig[47]). Personen, welche von der praescriptio fori Gebrauch machen können, sind von der Bürgschaft ausgeschlossen, ausgenommen wenn sie der Einrede entsagen[48]). Es ist nämlich ein allgemeines Erforderniß bei den zu stellenden Bürgen, daß sie tüchtig (locupletes, idonei) sein[49]), was man indeß nicht allein nach ihrem Vermögen, sondern auch nach der Möglichkeit, sie bald auszuklagen, zu beurtheilen hat. Wird ihre Tüchtigkeit bezweifelt, so ist das weitere Verfahren nach dem älteren und neueren Rechte verschieden. Nach dem Pandektenrechte wird nämlich vom Prätor ein arbiter bestellt, der im Wege des Prozesses ihre Tüchtigkeit zu prüfen hat. Bürgen, welche dieser gut heißt, gelten für tüchtig[50]). Wer tüchtige oder vom Arbiter approbirte Bürgen nicht annimmt, wird nach dem Pandektenrechte als Beleidiger angesehen und kann mit der actio iniuriarum belangt werden[51]). — Nach den Vorschriften der späteren kaiserlichen Constitutionen sollen im Zweifel der Bischof, der Defensor und die Patres des fraglichen Ortes gemeinschaftlich die Tüchtigkeit der Prozeßbürgen untersuchen, und wenn sie dieselben gebilligt haben, so hat der Gerichtsfrohn zweifels-

---

39) L. 26. §. 6. C. de episcopali audientia. (1. 4.) L. 4. C. de sportulis. (3. 2.) So Noodt, Voet, Schulting, Malblanc. Im Pandektenrechte ist die Art der Caution nicht bestimmt. Vergl. L. 15. pr. u. §. 7. D. 2. 8.

40) Vergl. Glück a. a. O. Th. 3. S. 459.

41) L. 17. C. de dignitatibus. (12. 1.)

42) L. 8. C. 12. 22.

43) L. 12. pr. C. 12. 19.

44) L. 4. §. 2. C. 12. 26. Nov. 22. cap. 44. §. 5. Nov. 112. cap. 2. pr. Nov. 123. c. 21. §. 2. Nov. 134. c. 9.

45) L. 26. §. 6. C. 1. 4. L. 4. C. 3. 2.

46) L. 8. §. 1. D. 2. 8.

47) L. 8. §. 2. D. 2. 8.

48) L. 7. pr. D. 2. 8.

49) L. 2. pr. u. L. 7. pr. D. 2. 8. L. 10. pr. D. ibid. L. 3. D. de fideiussoribus. (46. 1.)

50) L. 9. u. 10. pr. u. §. 1. D. 2. 8. L. 5. §. 1. D. ibid.

51) L. 5. §. 1. D. 2. 8.

ohne dieselben anzunehmen[52]), er müßte denn vom Kaiser oder vom Magistrat Befehl erhalten haben, den Beklagten in Person vor das Gericht zu schleppen.

Im Allgemeinen ist Niemand dazu berechtigt, Caution vom Andern zu verlangen, und dieß ist nur als eine Folge des Grundsatzes zu betrachten, daß Niemand ohne Noth mit Cautionen beschwert werden dürfe[53]). Daher kann die Nothwendigkeit der Cautionsleistung nicht über die im Gesetze nahmhaft gemachten Fälle hinaus erstreckt werden. Dabei ist es indeß gleichgiltig, aus welcher Rechtsquelle die fragliche Caution stammt, ob aus dem prätorischen Edicte, oder aus irgend einem Senatusconsulte u. s. w. Jedenfalls muß in allen Fällen, wo die gesetzliche Pflicht zur Cautionsleistung eintritt, irgend eine Verbindlichkeit des Caventen vorliegen, von welcher nach den gegenwärtigen Umständen zu befürchten steht, daß sie nicht werde erfüllt werden. Daher tritt die Nothwendigkeit der Cautionsleistung ein, wenn Jemand die Aushändigung einer Sache verlangt, welche er in bestimmten Fällen zurückgeben, oder zu bestimmten Zwecken verwenden soll[54]); wenn Jemand durch eignes Verschulden den Zustand der Unsicherheit herbeigeführt hat; wenn Jemand zur Collation der Güter, die er im Voraus empfangen hat, verpflichtet ist; wenn in einem bonae fidei iudicium der Verbindlichkeit ein Zahltag hinzugefügt und dieser noch nicht eingetreten ist[55]), oder der aus der Obligation zu erwartende Gewinn und Schaden erst künftig unter den Theilhabern an der Obligation vertheilt werden kann[56]) u. s. w.

Die Wirkung der einmal gemachten Caution ist die, daß für denjenigen, dem sie geleistet wird, daraus das Rechtsmittel entsteht, welches aus derselben ihrer Natur nach entstehen kann. Bei dem einfachen Versprechen ist dieß die actio ex stipulatu gegen den Gegner; bei der fidejussorischen Caution ist es außer der genannten Klage noch die gegen die Bürgen zu richtende ex stipulatu actio; bei der Caution durch Pfandbestellung ist es das aus derselben entstehende Pfandrecht; bei der juratorischen Caution endlich wird das Rechtsmittel nicht namhaft gemacht, doch läßt sich vermuthen, daß es auch hier die ex stipulatu war[57]). — Ist aber die Caution einmal gemacht, so kann sie in der Regel nicht zum zweiten Male verlangt werden, ausgenommen wenn sie nur auf eine bestimmte Zeit von Anfang an beschränkt war und nach dem Ablaufe dieses Zeitraumes der Grund zur

---

52) L. 26. §. 6. C. 1. 4. L. 4. C. 3. 2.

53) L. 14. §. 1. D. ut legatorum servandorum causa caveatur. (36. 3.) L. 3. §. 1. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.) L. 1. §. 9. D. de stipulationibus praetoriis. (46. 5.)

54) L. 58. §. 2. D. locati conducti. (19. 2.) L. 19. D. de legatis III. (32.) L. 18. §. 1. D. de periculo et commodo. (18. 6.)

55) L. 41. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 1.)

56) L. 38. pr. D. pro socio. (17. 2.)

57) Iurato promittere D. II. 8. inscript. u. L. 16.

Cautionsforderung noch andauert[58]), für welchen Fall die Erneuerung der Caution nachgesucht werden kann[59]). — Für den Fall, daß die einmal angenommene Caution demjenigen, welchem sie geleistet wird, nicht die gehoffte Sicherheit gewährt, darf wohl eine größere Sicherheit späterhin nicht nachverlangt werden. Dieß ergibt sich theils aus den allgemeinen Grundsätzen, welche von den Cautionen gelten, theils daraus, daß in specieller Anwendung auf die fidejussorische Caution in den Justinianischen Pandekten der Grundsatz ausgesprochen wird, daß die Tüchtigkeit und Zahlungsfähigkeit der Bürgen nach dem Zeitpunkte, wo sie angenommen werden, beurtheilt werden müsse. Indeß lassen die römischen Rechtsgelehrten eine neue Cautionsforderung nicht allein in dem Falle zu, wenn die Caution vom Anfang an fehlerhaft war und Personen, welche nicht eigentlich Bürgen sein können, dazu angenommen waren[60]), sondern auch dann, wenn nach geleisteter Caution die angenommenen Bürgen von einem Unglücksfalle betroffen worden, welcher sie in große Armuth versetzt[61]). — Die Rechte, welche aus der Caution entspringen, nehmen natürlich erst von der wirklichen Leistung der Caution an ihren Anfang und beziehen sich, falls schon vorher der gefürchtete Schaden wirklich geworden ist, nur auf den Ersatz des Schadens, welcher von der Cautionsleistung an eingetreten ist[62]), außer wenn in dem Falle des damnum infectum die Caution schon vorher beantragt und nur durch die Schuld desjenigen, welcher sie zu leisten hatte, verzögert worden ist. Denn in diesem Falle werden die aus der Caution entspringenden Rechte auch auf den mittlerweile eingetretenen Schaden bezogen und dem, welcher die Caution beantragt hat, eine Klage gegen den, welcher zu caviren hat, gewährt[63]). Diese Klage wird in der lex Rubria als eine utilis actio bezeichnet, in den Justinianischen Pandekten aber in factum actio genannt[64]).

Eine besondere Erörterung verdient noch der von manchen prätorischen Stipulationen geltende Grundsatz instar actionum continent[65]), d. h. sie werden auf gerichtlichem Wege gerade so geltend gemacht, und nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie die Actionen. Mit diesem Grundsatze hängt es zusammen, wenn in der prätorischen Stipulation gerade so, wie in den gewöhnlichen Klagen, die Compensation zulässig ist[66]); wenn ferner Procuratoren, welche

---

58) L. 13. §. 15. D. de damno infecto. (39. 2.)
59) L. 15. pr. D. 39. 2.
60) L. 6. D. 2. 8. L. 8. §. 2. D. ibid.
61) L. 10. §. 1. D. 2. 8.
62) L. 15. §. 36. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 16. u. L. 17. pr. §. 1 u. 2. D. ibid.
63) Lex Rubria de Gallia Cisalpina cap. 20.
64) L. 15. §. 36. D. 39. 2. L. 17. §. 3. D. ibid.
65) L. 37. pr. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 10. §. 3. D. de compensationibus. (16. 2.) L. 1. §. 3. D. ratam rem haberi. (46. 8.)
66) L. 10. §. 3. D. 16. 2.

solche Stipulationen im fremden Namen verlangen, de rato caviren müssen[67]); wenn endlich ganz allgemein behauptet wird, daß solche Stipulationen auch unter den Begriff actio gehören[68]). Daß sich indeß der genannte Grundsatz nicht auf alle prätorischen Stipulationen, sondern nur auf die sogenannten cautionales bezieht, ergiebt sich aus der Pandektenstelle, welche die Eintheilung der prätorischen Stipulationen enthält[69]).

Was den Gebrauch der Cautionen im heutigen Rechte anbetrifft, so ist derselbe auf der einen Seite durch Hinzufügung neuer Cautionen, wie im Civilprozesse, erweitert; auf der andern Seite durch das Abkommen einiger, im gemeinen Rechte üblichen Cautionen, beschränkt worden. Für alle noch üblichen Cautionen gelten indeß die Vorschriften des römischen Rechtes als Grundlage fort und selbst auf die neuerdings hinzugekommenen Cautionen werden dieselben analog angewendet. Vorzüglich haben sich die Bemühungen der neueren Rechtsgelehrten der Ausbildung der prozessualischen Cautionen zugewendet, weil diese am häufigsten vorkommen. Was hier zunächst die Form der Caution anbelangt, so läßt man heutzutage, statt der Caution durch Pfand und Bürgen, allgemein auch die zu, welche durch Deposition von werthvollen Sachen oder Geldsummen geschieht. Im Allgemeinen werden aber Cautionsleistungen zu den Rechten der Parteien im Prozesse gerechnet; daher erkennt der Richter heutzutage nicht von Amtswegen auf Cautionsleistung, sondern nur, nachdem er von dem Theile, der zur Forderung derselben berechtigt war, aufgerufen worden. Ausnahmen finden nur dann statt, wenn die Caution eine solche ist, aus deren Vernachlässigung unheilbare Nichtigkeit in Absicht auf das ganze Prozeßverfahren entstehen würde, und wenn die Partei, welche die Caution fordern kann, eine in den Gesetzen besonders begünstigte Person ist, für deren Bestes der Richter von Amtswegen zu sorgen hat. Von der Pflicht, Caution zu leisten, sind nach den Vorschriften des heutigen Prozeßrechtes befreit öffentliche Beamte, die eine fixe Besoldung beziehen, der Fiscus und die, welche unbewegliche Güter als Eigenthum im Staate besitzen, wobei es gleichgiltig ist, ob sie das volle Eigenthum oder nur das Miteigenthum daran haben[70]). Bei Dotalgrundstücken gilt nicht allein der Mann, sondern auch die Frau als Eigenthümerin[71]). Selbst streitige Grundstücke gewähren diese Befreiung[72]). Realansprüche auf Grundstücke, inwiefern dieselben in einem Eigenthums- oder Erbrechte begründet sind, befreien nach der in der Praxis recipirten Meinung von der Verpflichtung, Caution zu leisten[73]), wenn

---

67) L. 20. D. 46. 8.
68) L. 37. pr. D. 46. 8.
69) L. 1. §. 3. D. 46. 3.
70) Arg. L. 15. §. 1. D. 2. 8.
71) Arg. L. 15. §. 3. D. 2. 8.
72) Arg. L. 15. §. 6. D. 2. 8. Eigentlich spricht diese Stelle von der Caution, welche der Appellant wegen der Strafe der ungerechten Appellation bestellen muß. Vergl. Glück a. a. O. Th. 3. S. 466. Note 40.
73) Vergl. Glück a. a. O. Th. 3. S. 467.

schon der an einem Grundstücke bestellte Ususfructus[74]) oder die an demselben bestellte Hypothek[75]) keine Befreiung von der Caution gewähren. Dem Grundstücksbesitze achtet man es gleich, wenn Jemand eine zahlreiche Bibliothek, eine ansehnliche Buchhandlung, eine Apotheke, ein completes Waarenlager und dergl. im Staate besitzt.

Heimbach.

Caution in civilprozessualischer und criminalistischer Beziehung[1]). Beide Arten sind mehrfach mit einander verwandt, zumal auch im Criminalrechte der Prozeß es vorzüglich ist, bei welchem die Lehre von der Sicherheitsleistung zur Sprache kommt. Uebereinstimmend sind beide in der Veranlassung zu jener Handlung, Unsicherheit, Besorgniß, der, welcher die Caution leisten soll, möchte außerdem seiner rechtlichen Verbindlichkeit, im Criminalprozesse: der Verbindlichkeit, sich vor dem Criminalrichter zu stellen und seine Strafe zu leiden, nicht nachkommen[2]). Uebereinstimmend sind sie ferner in der Art, wie die Sicherheit bestellt wird, wonach man die Caution eintheilt in cautio verbalis, in einem bloßen Versprechen bestehend, und cautio realis, denjenigen, dem ein Versprechen geleistet wird, zugleich pecuniär sicher stellend. Das Versprechen ohne pecuniäre Sicherstellung wird aber entweder durch einen Eid bestärkt — cautio iuratoria (eidliche Caution), oder es bewendet bei dem bloßen Versprechen — cautio nude promissoria. Die dingliche Sicherstellung (cautio realis) geschieht durch Einsetzung eines Unterpfandes, das auch in baarem Gelde bestehen kann (cautio pigneratitia vel pignoratitia sive cautio realis pign.), oder durch Bürgschaft (cautio fideiussoria v. cautio realis fideiussoria)[3]).

Die nur wörtliche Caution, cautio nude promissoria, besteht in dem bloßen Versprechen, seine Verpflichtung zu erfüllen, und gewährt im Civilrechte keine weitere Sicherheit, als die jedes andern Versprechens. Zu ihr wird daher nur der Fiscus und überhaupt das gemeine Wesen zugelassen[4]). Im Criminalprozesse hingegen ist sie besonders unter dem Namen des Handgelöbnisses, weil sie unter Abstattung des Handschlages bewirkt wird, bekannt und wird, da hier der Zweck der Caution die Stellung des Angeschuldigten zur Untersuchung und Strafe ist, vorzüglich da angewendet, wo der gute Ruf des Angeschuldigten dafür, daß er dem Criminalprozesse sich nicht entziehen werde, bürgt, und wo keine der schwereren Strafen bevor-

---

74) Arg. L. 15. §. 1. D. 2. 8.
75) Arg. L. 15. §. 2. D. 2. 8.

1) Bei der so uns gestellten Aufgabe können wir die Materie beinahe blos vom praktischen Gesichtspunkte aus behandeln, während der vorstehende Artikel mehr die Theorie zu seinem Gegenstande gemacht haben wird.

2) Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, Stuttgart 1821, §. 479. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, Halle 1821, §. 706.

3) Stübel, das Criminalverfahren in den teutschen Gerichten, 4. Bd. Leipzig 1811, §. 1688. Tittmann a. a. O. §. 706.

4) L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. D. ut legat. seu fideicommiss. (36. 3.)

steht[5]). Es wird gewöhnlich für den Fall, daß der Angeschuldigte sein Versprechen brechen sollte, eine gewisse Strafe angedroht, welche in mehreren Landesgesetzen[6]) bestimmt, außerdem vom Richter nach den allgemeinen Principien über Strafandrohung zu normiren ist[7]). So unbedenklich dieß an sich erscheint, so vorsichtig muß doch der Richter bei ganz leichten Vergehen im Gebrauche dieses Sicherungsmittels sein, weil leicht der Angeschuldigte sich durch Brechung des Handgelöbnisses eine größere Strafe zuziehen kann, als das Vergehen zur Folge haben würde, um dessentwillen er das Handgelöbniß leistet.

Ungleich bindender als dieß ist die eidliche Caution, das eidliche Angelöbniß. Im Civilprozesse wird vorzüglich die Caution wegen der Unkosten (s. w. u.) dann in dieser Maße bestellt, wenn der Cavent erweislich keine andere Sicherheit beibringen kann. Daß sie selbst denjenigen Ausländern nachzulassen sei, welche zwar in ihrer Heimath wohlhabend, aber in dem Lande, wo sie den Prozeß führen, nicht angesessen seien, ist eine wohl nicht zu rechtfertigende Ansicht. Die eidliche Caution wegen der Unkosten ist übrigens ganz verschieden von dem Armeneide (s. d. Art. Armenrecht), da dieser eben die Befreiung von der cautio pro expensis beabsichtigt und die gänzliche Zahlungsunfähigkeit der Partei in Bezug auf Prozeßkosten darthun soll, während der Eid bei dieser Caution nur dahin geht, daß der Cavent, aller angewendeten Mühe ungeachtet, weder Bürgen noch Pfand auftreiben könne, die ihm obliegenden Verbindlichkeiten aber treu erfüllen wolle. Indeß ist der Armeneid insofern auch eine eidliche Caution, als er zugleich das Versprechen enthält, der Arme wolle die Prozeßkosten bezahlen, sobald er zu besserem Vermögen kommen sollte[8]). Eine besondere Art der eidlichen Caution ist der Gefährdeeid[9]), unter anderen auch der früher übliche Appellationseid[10]). Bei den Römern war die cautio iuratoria ein Privilegium derjenigen obersten Staatsbeamten, welche man illustres nannte, und der über ihnen stehenden (supra illustres) Patricii und Consules, ingleichen der Memoriales und Principes agentium in rebus[11]). Dieß Privilegium fin-

---

5) c. 17. C. de dignitatibus. (12. 1.) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, Heidelberg 1832, §. 70.

6) Z. B. im Königreiche Sachsen, Verlängerung der außerdem aufzuerlegenden Strafe, jedoch nur bis zur Verdoppelung, in keinem Fall über ein Jahr; bei im Uebrigen erfolgender Lossprechung 4—6 Wochen Gefängniß oder verhältnißmäßige Geldstrafe. Gesetz vom 30. März 1838, Art. VI. (Gesetzsamml. Nr. 32. S. 197.)

7) Tittmann a. a. O. §. 712.

8) Albrecht, über den Armeneid im gemeinen Civilprozesse, in der Linde-Marezoll-Schröter'schen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 11. Bd. 1. Heft, Gießen 1837, Nr. III. S. 92 u. 93.

9) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, §. 301.

10) Besoldus de appellationibus, Tübingae 1608, cap. VIII. p. 267.

11) Glück, Pandektencommentar, 3. Th. §. 147. S. 456. Danz a. a. O. §. 480. Linde, Lehrbuch des teutschen gemeinen Civilprozesses, Bonn

det bei den jetzt so ganz veränderten Beamtenverhältnissen (s. d. Art. Beamten, 1. Bd. S. 730) überall, besonders aber auch im Criminalprozesse keine Anwendung mehr. Hier ist überhaupt die juratorische Caution am wenigsten begünstigt. Sie soll dann eintreten, wenn die Umstände zu bedenklich sind, um ein bloßes Handgelöbniß zuzulassen, also wenn Sicherstellung durch Bürgen oder Pfand nicht zu erlangen, das Vergehen zu groß, oder der Cavent nicht gut genug berüchtigt ist, um nicht seine Flucht zu befürchten. Unter diesen Umständen liegt aber auch die Besorgniß eines Meineides so nahe, daß die eidliche Caution höchst bedenklich erscheint. Geht man aber von den Ansichten der früheren Criminalisten aus, wo man sie nur bei geringen Verbrechen und sehr entferntem Verdachte zuließ, so ist in diesen Fällen ein Eid nicht nöthig. Eben dieß steht bei dem sichern Geleite (siehe weiter unten) entgegen, wo man sie in Ermangelung aller anderen Sicherheitsmittel auch zulassen will. Denn der, welcher das sichere Geleit sucht, würde sich nicht stellen, wenn er die Absicht hätte, fortzugehen. Daher ist schon seit längeren Zeiten in vielen Staaten die eidliche Caution im Criminalprozesse abgeschafft [12]), oder doch [13]) sehr beschränkt [14]). Uebrigens gehört im Criminalrechte auch die Urfehde zu den eidlichen Cautionen [15]).

Die Sicherstellung durch Pfand geschieht im Civilprozesse sowie jede andere Unterpfandsbestellung, also unter gerichtlicher Annotation, bezüglich Consensertheilung, wenn sie durch Grundstücke bewirkt wird (cautio hypothecaria) und wenn Bestellung einer Hypothek in dem Lande, worin die Handlung erfolgt, zu ihrer Giltigkeit vorbemerkte gerichtliche Acte erfordert; sie geschieht ferner durch Deposition des Pfandes, wenn dieses eine bewegliche Sache ist, z. B. Privat- oder Staatsschuldscheine, gute Wechsel u. s. w., oder der treffenden Geldsumme. Der Werth dieser Gegenstände muß demjenigen, welchem die Caution bestellt wird, hinreichende Sicherheit gewähren, und sie

---

1831, §. 122. Biener, systema processus iudiciarii, tom. I. Berolini et Lipsiae 1834, §. 49. — §. 2. J. de satisdatione. (4. 9.) Auth. generaliter C. de episcop. et cleric. (1. 3.) Nov. 112. cap. 2. introit.

12) Z. B. in Frankreich; dann in Bayern nach dem Strafgesetzbuche, Th. II. Art. 137; im Königreiche Sachsen nach der Generalverordnung vom 27. Oct. 1770, §. 13. C. C. A. I. p. 425, vergl. mit dem oben Note 6 angez. Ges.

13) Z. B. im Königreiche Preußen; allgem. Criminalrecht für die preuß. Staaten, Th. 1. §. 234—236.

14) Ueber diese ganze Materie s. v. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes, 2. Th. Rostock u. Leipzig 1794, §. 645 u. 839. Strube, rechtl. Bedenken von Spangenberg, 2. Bd. Hannover 1827, Bed. 415. (VI. 168.) Nr. 3. Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, §. 117. Mittermaier a. a. O. Heffter, Lehrbuch des Criminalrechtes, Halle 1833, §. 655. Henke, Handbuch des Criminalrechtes und der Criminalpolitik, 4. Th. Berlin und Stettin 1838, §. 98. S. 630. Tittmann a. a. O. §. 712. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses, Braunschweig 1837, §. 139.

15) Martin, Lehrbuch des Criminalrechtes, Heidelberg 1829, §. 306 (305), Note 1.

findet daher nur in den Fällen statt, wo die zu leistende Sache wenigstens approximativ nach Geldeswerth bestimmt werden kann, oder wo der Richter ein Cautionsquantum festgesetzt hat[16]). Dieß Letztere ist auch bei den Succumbenzgeldern (s. d. Art.) der Fall, welche nach manchen Particulargesetzen bei wiederholtem, anscheinend frivolem Gebrauch eines Rechtsmittels für den Fall gezahlt werden müssen, daß der Graviminirende unterliegt, wo sie dann der Gerichtscasse anheim fallen — auch eine, wenn gleich abweichende Art von Caution[17]). Im Criminalprozesse wird sie ebenso wie im Civilprozesse bestellt, setzt aber freilich voraus, daß das Pfand überwiegend, d. i. von der Art sei, daß der Verlust desselben dem Angeschuldigten empfindlicher falle, als die Strafe cum causa, welche er zu erwarten hat. Der Richter, welcher die Motive, die den Angeschuldigten zur Flucht verleiten könnten, hierbei ebenso erwägen muß, wie wenn es sich um die Frage der Realcitation handelte, bestimmt nämlich, falls diese Caution, statt des außerdem den Angeschuldigten treffenden Arrestes, angenommen wird, eine gewisse Summe, welche, wenn sich der Angeschuldigte dennoch der Strafe entzieht, zu Bestreitung des Nöthigen der Gerichtscasse anheim fällt. Diese behält auch das Ueberschießende als Jurisdictionsnutzung[18]). Die Cautionssumme wird, Obigem gemäß, arbitrirt nach der Wahrscheinlichkeit dafür, daß diese Summe dem Angeschuldigten mehr werth sei, als die Nachtheile der Untersuchung und Strafe, daher nach der Größe des Verbrechens, nach den Vermögensumständen und sonstigen Verhältnissen des Inculpaten und nach der zu erwartenden Höhe der Prozeßkosten, Strafe und, wenn der Punkt des Schadenersatzes in der Untersuchung mit zur Sprache gebracht worden ist, der Entschädigung für den Damnificaten. Manche Landesgesetze bestimmen ein Minimum der Caution[19]). Indeß erscheint dieß nicht zweckmäßig und erschwert die Anwendung derselben in solchen Fällen, wo vorgenannte Umstände ein geringeres Quantum zulassen würden. Die Cautionsbestellung durch Pfand wird in den criminalrechtlichen Quellen nicht ausdrücklich erwähnt. Da letztere aber der Caution durch Bürgen (siehe weiter unten) gedenken und beide Cautionen in der Wirkung insofern auf ein gleiches Resultat hinauskommen, als die vorausbestimmte Summe, falls der Angeschuldigte sich dennoch dem Gericht entzieht, gezahlt werden soll, so rechtfertigt sich die Bestellung der Caution durch Pfand um so sicherer, als es wenigstens Fälle geben kann (wenn auch dieß nicht, wie mehrere Rechtslehrer meinen, immer eintritt), in denen der Angeschuldigte durch den drohenden Verlust am eigenen Vermögen sich mehr gefesselt erachtet, als durch die Besorgniß, das von einem Bürgen ihm

---

16) Danz u. Linde a. a. O.
17) Besoldus l. c.
18) Gegen die hier und da früher geäußerten Meinungen, daß sie immer dem Fiscus, oder im Anklagprozesse dem Ankläger, oder gar dem Richter persönlich gehöre.
19) Z. B. der Code d'instr. art. 119: Le cautionnement ne pourra être au-dessous de cinq cents francs. Bayer'sche Criminalordnung, II. §. 137, verlangt als Minimum 200 Gulden.

geschenkte Vertrauen zu täuschen. Es soll diese Caution repressiv wirken, sie muß demgemäß so hoch sein, daß sie jeder Versuchung, sie im Stiche zu lassen, widersteht, daher den Umständen nach sie die höchsten Summen, welche Rechtslehrer angeben, von 25—5500 Thlr. noch übersteigen kann. Die Cautionssumme ist dem strengen Rechte nach verfallen, wenn der Angeschuldigte sich auf Erfordern zu irgend einer prozessualischen Handlung, Vernehmung, Confrontation, Publication eines Haupt- oder Zwischenurtheils nicht stellt, wenn er auch hinterher wieder erlangt wird. Doch pflegt er mit seinen Entschuldigungen dagegen gehört zu werden, wenn er sich freiwillig stellt und letztere erweist (purgatio contumaciae). Es wird zwar die Meinung aufgestellt, daß, im Fall der Verwirkung der Caution, diese, wenn auch der Angeschuldigte in der Hauptuntersuchung ganz freigesprochen werde, dennoch der Gerichtscasse verbleibe. Dieß läßt sich jedoch nicht rechtfertigen. Dagegen kann der Fall eintreten, daß, ungeachtet der gestellten Caution, der Cavent dennoch zum Arrest gebracht werden muß, z. B. zu Vermeidung von Collusionen, dann wenn sich schwerere Verbrechen, als man anfangs glauben konnte, herausstellen, wenn er unzweifelhaft die Flucht, trotz der gestellten Caution, beabsichtigt u. s. w.[20]).

Mit der Caution durch Pfand ist ganz nahe die Caution durch Bürgschaft (cautio fideiussoria) verwandt. Der Bürge, durch den diese Caution geleistet werden soll, muß auch im Civilprozesse eine dazu geeignete Person (idoneus), namentlich dispositionsfähig sein, sich giltig verbürgen können, nach römischen Gesetzen an dem Orte, nach jetzigen Grundsätzen wenigstens in dem Lande, wo er sich verbürgen will, mit unbeweglichen oder denen gleich geachteten Gütern für den Betrag der Caution genugsam angesessen sein und leicht belangt werden können. Der Bürge muß auf die Bürgschaftswohlthaten verzichten[21]). Im Criminalprozesse versteht es sich ohne Verzicht von selbst, daß er vom beneficium excussionis (siehe diesen Artikel) keinen Gebrauch machen kann. Ob von der Theilungswohlthat? ist streitig. Im Allgemeinen läßt sich kein Grund dagegen absehen, auch existirt kein verbietendes Gesetz[22]). Im Uebrigen entspricht hier die Sicherstellung durch Bürgschaft rücksichtlich der Qualität der Bürgen den dieß-

---

20) Die Materie von der Cautionsbestellung durch Pfand im Criminalprozesse s. b. Stübel a. a. O. §. 1692 u. 1693. Tittmann a. a. O. §. 706—709. Martin im angez. Criminalproz. §. 117. Mittermaier a. a. O. §. 70. Heffter a. a. O. Müller a. a. O., besonders Note 15. Henke a. a. O. S. 631 flg. v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde, Frankfurt a. M. 1838, §. 261.

21) L. 1. D. si quis in ius voc. (2. 5.) L. 2. init. u. §. 1. u. L. 7. D. qui satisdare cogantur. (2. 8.) Danz a. a. O. §. 480. Linde a. a. O. §. 122, besonders auch Note 9.

22) So die Ansicht Tittmann's a. a. O. §. 711, S. 214, und Stübel's §. 1702; auch schon Berger oecon. iur. lib. IV. tit. XIX. th. II. not. 9. Dagegen Mittermaier a. a. O. S. 330.

fallsigen civilrechtlichen Grundsätzen, rücksichtlich der Materie aber der criminalrechtlichen Caution durch Pfand. Auch hier bestimmt der Criminalrichter eine gewisse Cautionssumme, welche unter denselben Bestimmungen, wie bei Sicherstellung durch Pfand, der Gerichtscasse anheimfällt. Denn ein Versprechen des Bürgen, für den Angeschuldigten im Falle dessen Entweichung eine Strafe an seiner Person leiden zu wollen, darf der Richter, der keinen Unschuldigen strafen darf, nicht annehmen. Vielmehr geht das Versprechen des Bürgen darauf, den Angeschuldigten stellen und, falls er entweichen sollte, jene Summe an die Gerichtscasse zahlen zu wollen. Schon die römischen Gesetze gestatteten die Freilassung des Angeschuldigten gegen Bürgschaft [23]), und die peinliche Gerichtsordnung will, daß der Ankläger im peinlichen Prozesse so lange verhaftet werde, bis er genugsam Caution gestellt hat [24]). Sie kennt also mindestens die Bürgschaft gegen Verhaftung im Allgemeinen. Dieß sowohl, als der Vortheil der Bürgschaft vor der Sicherheit durch Pfand, daß der Bürge den Angeschuldigten überwachen und vor Gericht sistiren kann, auch die aus dem Acte der Bürgschaft selbst hervorgehende günstige Vermuthung für den Angeschuldigten, daß er der Flucht nicht verdächtig sein könne, weil sich der Bürge sonst nicht zur Bürgschaft entschlossen haben würde, haben mehrere Rechtslehrer bewogen, nicht nur die Bürgschaft der Pfandversicherung vorzuziehen, sondern sie sogar als die einzig zulässige Caution anzusehen. Ebenso wenig wird sie nur, wie Einige gemeint haben, bei ganz geringen Vergehen anwendbar sein. Freilich aber wird der Richter bei Annahme dieser Sicherheitsbestellung darauf zu sehen haben, daß der Angeschuldigte in einem solchen Verhältnisse zum Bürgen stehe, daß er die Erduldung der dereinstigen Strafe der Täuschung des von Seiten des Bürgen in ihn gesetzten Vertrauens vorzieht. Ob daraus folgt, daß man *nur* Verwandte oder daß man *nie* Verwandte als Bürgen in diesem Falle annehmen dürfe — Beides hat aus erklärlichen Gründen seine Vertheidiger gefunden — dieß hängt unstreitig von der Persönlichkeit und den Verhältnissen des jedesmaligen Angeschuldigten ab. Jedenfalls wird es bedenklich und daher zu widerrathen sein, von einem Angeschuldigten, der erst aus eigenem Vermögen Pfandcaution angeboten und deren Annahme nicht erlangt hat, hinterher Sicherstellung durch Bürgen anzunehmen, da der erwähnte Vorgang Grund zur Besorgniß einer Vereinigung des Angeschuldigten und des Bürgen dafür darbietet, daß Letzterer sicher gestellt worden ist, wenn Ersterer sich dem Gericht entzieht. Die Bürgschaftsbestellung unterscheidet sich von der Sicherstellung durch Pfand wesentlich dadurch, daß der Bürge

---

23) L. 1. u. 3. D. de custodia et exhibit. (48. 3.) c. 6. §. 3. u. c. 12. C. de appellationibus. (7. 62.)

24) Art. 12: Item so bald der angeklagt zu gefenknuß angenommen ist, soll der anklager oder sein gewalthaber, mit seinem leib verwart werden, biß er mit bürgen, Caution, bestandt vnd sicherung, die der richter mit sampt vier schöpffen nach gelegenheyt der sachen vnd achtung beyder personen, für gnugsam erkennt, gethan hat ꝛc.

die Cautionssumme nicht zu zahlen hat, wenn der Angeschuldigte durch Schuld des Gerichts entweicht oder dadurch nicht wieder erlangt werden kann. Dem Bürgen war im Falle der Entfernung des Angeschuldigten im römischen Rechte zu dessen Stellung eine sechsmonatliche Frist gegeben[25]). Dieß, nicht vereinbar mit unserm Inquisitionsprozesse, ist nicht mehr gebräuchlich. Der Richter ist verbunden, selbst Amtswegen Alles, was in seinen Kräften steht, zur Wiedererlangung des entwichenen Angeschuldigten, wiewohl auf Kosten des Bürgen, anzuwenden. Daraus folgt aber nicht, daß sich der Bürge in irgend einer Art in den Prozeß zu mischen, Notiz von den, an den Angeschuldigten ergehenden Ladungen, Einsicht der Acten ꝛc. zu verlangen habe. Nur muß der Richter auf von dem Bürgen oder sonst erhaltene Notizen über die vermuthliche Absicht des Angeschuldigten auf Flucht, und im Fall derselben, über dessen Aufenthalt, das Nöthige zur bezüglich Festmachung und Wiedererlangung des Inculpaten thun. Gibt letzterm der Richter ohne Zustimmung des Bürgen Erlaubniß zur Veränderung seines Aufenthaltsortes, oder wird er arretirt und entspringt aus der Verwahrung, so haftet der Bürge nicht mehr. Der Bürge hat auch das Recht, den Angeschuldigten gegen den Vorwurf der Nichtbefolgung richterlicher Befehle zu vertheidigen. Uebrigens kann er entweder mit seinem ganzen Vermögen für die bestimmte Geldsumme Gewähr leisten, oder nur mit einem Theile desselben, also auch durch Hypothek, Pfand u. s. w. Wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen ist, so wird diese Caution, gegen die Meinung mancher Rechtslehrer[26]), zugleich als cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi (siehe weiter unten) angesehen und behandelt. Was aber aus dem vom Bürgen deponirten Pfand oder aus dem zur Bürgschaft hypothecirten Grundstücke gelöst wird, muß so weit dem Bürgen zurückgegeben werden, als es die Cautionssumme überschreitet. Von der ferneren Untersuchung wird der Angeschuldigte durch die Zahlung der Cautionssumme nicht frei, während der Bürge sofort mit Eröffnung des letzten Urthels und Beendigung der Untersuchung, sowie durch den Tod des Angeschuldigten seiner Verpflichtungen entbunden wird, mit Ausschluß der nichts destoweniger zu bezahlenden Untersuchungskosten und Entschädigung[27]).

Die Cautionen rücksichtlich der Objecte, für welche, und der Subjecte, von welchen sie geleistet werden, sind im Civilprozesse viel mannigfaltiger, als im Criminalrechte. Im Civilprozesse werden sie entweder von den Haupt- oder von den Nebenpersonen geleistet. Unter den Hauptpersonen ist es der Kläger, welcher dem Beklagten Sicherheit bestellen muß, entweder wegen der durch die Klage verursachten Prozeßkosten — cautio pro expensis —

---

25) c. 26. C. de fideiussoribus. (8. 41.)

26) Koch, institutiones iuris criminalis, Jenae 1791, §. 955.

27) Die Bürgschaften im Criminalprozesse sind behandelt von Stübel a. a. O. §. 1694 u. 1701; Tittmann a. a. O. §. 706, 710 u. 711; Müller a. a. O., besonders Note 22; v. Jagemann a. a. O. §. 262; Martin, Mittermaier und Henke a. a. O.

oder dafür, daß er in einer abgesondert zu verhandelnden Widerklage vor dem Gerichte des Beklagten Recht nehmen — c. pro reconventione — oder, in den executivischen Prozeßarten, daß er, im Fall er im ordentlichen Prozesse dereinst unterliegen sollte, den Streitgegenstand zurückerstatten — c. de restituendo — oder bei wiederholt angefangenem Rechtsstreite, daß er diesen gehörig fortsetzen wolle — c. de lite prosequenda. Der Beklagte hingegen hat nur, wenn er der Entziehung der Gerichtsbarkeit verdächtig ist, dafür Vorstand zu leisten, daß er sich jederzeit vor dem Gerichte, bei welchem er verklagt ist, stellen — cautio de iudicio sisti — und wenn, daß er sein Vermögen verschleudert, nachgewiesen wird, dafür, daß er das, was ihm am Ende des Prozesses zuerkannt werden wird, leisten wolle — cautio iudicatum solvi. Ist er aber Widerkläger, dann liegen ihm die so eben erwähnten Cautionsverbindlichkeiten des Klägers ob. So im Allgemeinen rücksichtlich aller Prozesse. Insbesondere aber ist er in einzelnen Prozeßarten zur cautio de non amplius turbando und de non offendendo verbunden. (Davon siehe weiter unten.) Endlich die Nebenpersonen, Sachwalter und Procuratoren, müssen unter gewissen Umständen Caution dafür leisten, daß deren Principale ihre Handlungen genehmigen — cautio rati v. de rato[28]). Im Criminalrechte finden sich von allen diesen Cautionen nur die cautiones de iudicio sisti und iudicatum solvi und in gewisser Beziehung die cautiones de non amplius turbando und de non offendendo.

Die Caution wegen der Prozeßkosten (cautio pro expensis) muß in der Regel schon nach Anleitung des römischen Rechtes[29]) von jedem Kläger beim Anfange des Prozesses, auch vom Principalintervenienten[30]) (siehe d. Art. Intervention) geleistet werden. Gewöhnlich wird das Recht, sie zu fordern, blos als ein Recht des Beklagten angesehen, und man nimmt daher an, daß der Richter nicht Amtswegen darauf erkennen könne, sondern nur wenn der Beklagte eine dießfallsige Einrede (exceptio nondum praestitae cautionis pro expensis) vorgeschützt habe[31]). Man verstattet jedoch auch dem Gericht, sich wegen seiner Kosten daran zu halten[32]) und so ist es sogar Vorschrift mehrerer Landes-Prozeßordnungen geworden[33]), daß der Richter vor Leistung dieser Caution nicht auf die Klage ausfertigen, sonach auf

---

28) Linde a. a. O. §. 121. Danz a. a. O. §. 479.

29) Nov. 112. cap. 2.

30) Gribner principia processus iudiciarii lib. I. cap. VII. s. I. §. 4. not. c.

31) Gensler, Commentar über Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt, 2. Th. Heidelberg 1825, §. 299 u. 300, S. 222.

32) Pfotenhauer doctrina processus, ed. Diedemann, Lipsiae 1826, §. 281.

33) Z. B. königlich sächsische erläuterte Prozeßordnung ad tit. XIII.; fürstlich reuß-plauische, der jüngern Linie, Verordnung wegen Abkürzung der Rechtshändel, von 1751, §. 3.

deren Bestellung ex officio dringen soll. Die Summe ist dem richterlichen Ermessen anheim gegeben, richtet sich nicht nach dem Streitobjecte, sondern nach der muthmaßlichen Höhe, welche die Gerichtskosten erreichen können, und steigt von 20 fl. Conv.-Geld bis zu 100 Thlr., doch selten über 50 Thlr. Ist sie einmal auferlegt, so kann der Beklagte bis zu ihrer Leistung die Fortsetzung der Sache, namentlich die Einlassung auf die Klage verweigern und Entbindung von der Instanz verlangen. Befreit davon sind alle diejenigen, welche mit unbeweglichem, wenn auch verschuldetem Vermögen im Lande des Prozesses angesessen sind [34]) — ohne Unterschied der Art des Eigenthumes, so daß z. B. der fundus dotalis dieß Recht beiden Eheleuten gewährt, und ohne Unterschied der darüber zu führenden Bescheinigung [35]), — oder welche solche Gegenstände besitzen, die unbeweglichen Gütern gleich geachtet werden. Dahin gehören in der Regel (z. B. nach königl. sächsischem Rechte) die Besitzer offener Kramläden, Apotheken, Fabriken, die Usufructuare an im Lande gelegenen Grundstücken, oder die, welche unbetagte Erbegelder und Renten daraus ziehen, auch solche salarirte öffentliche Beamte, deren Salar die nothwendigsten Bedürfnisse übersteigt. Frei sind ferner in der Regel (z. B. nach neuerem k. sächsischen Rechte) alle Gemeinden und Corporationen, nach älterem nur dann, wenn sie Immobilien besitzen [36]). Diejenigen aber, welche eine dingliche Klage angestellt haben, sind darum nicht für angesessen zu achten und müssen also nichtsdestoweniger diese Caution bestellen [37]). Man nimmt gewöhnlich von der Verbindlichkeit zur Cautionsleistung die Kläger und Liquidanten in Concurs-, Stuprations- und Alimentations-, Bagatell- und Ehesachen [38]) aus, das Letztere jedoch keineswegs unbestritten [39]), dann — gleichfalls nicht unbestritten — die, welche ex lege diffamari provociren und provocirt werden. Dagegen sind bloße Auszügler, Pachter, Pfandgläubiger, Mitbelehnte, Inhaber von Bergwerkskuxen, Eltern und Kinder, auch Streitgenossen gegen einander von dieser Verbindlichkeit nicht befreit. Streitgenossen haften, als Mitkläger, für die Caution nur pro rata [40]). Das Recht,

---

34) Ausnahmen davon s. in v. Quistorp's rechtlichen Bemerkungen, 2. Th., Leipzig 1798, Nr. VI, S. 27.

35) Bauer, respons. ad quaestiones ex iure vario civili etc., Lipsiae 1801, Vol. I. resp. 7. p. 43: Documentum investiturae iudicialis a cautione pro expensis liberat.

36) Ueber alle Befreiungen in sächsischer particularrechtlicher Hinsicht s. Kori, in der Note 42 nachstehend angezogenen Theorie §. 40. Bauer l. c. resp. 8. p. 48. Biener l. c. §. 48. et in not. 5. et obs. 2. Gribner l. c. lib. I. cap. II. s. III. §. XIV. not. d.

37) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 10. Bd. 1805, S. 269. Abweichend ist die Ansicht von Biener l. c. obs. 2.

38) Hommel rhapsod. obs. 14.

39) Gribner l. c. lib. II. cap. III. §. 4. Knorr, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß, 3. Buch, 8. Hauptst. §. 8. u. Note b.

40) Von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden, 1. Bd. S. 246.

auf Caution wegen der Unkosten zu dringen, begreift keineswegs die Befugniß, gegen die Erlangung des Armenrechtes von Seiten des Gegners zu excipiren[41]). Eine Singularität in dieser Materie ist noch, daß nach mehreren Particulargesetzen Läuterung und Appellation gegen Erkenntnisse in Betreff der Caution unzulässig sind[42]), welches zum Theil in die gemeine Praxis übergegangen ist[43]).

Verwandt mit dieser Caution und in der Regel, wo sie noch gebräuchlich ist, mit ihr in einer Summe verbunden[44]) ist die Caution wegen der Widerklage (cautio pro reconventione). Diesen Vorstand hat der Kläger, welcher dem Gerichtsstande des Beklagten nicht unterworfen ist[45]), letzterem, wenn solcher einen anscheinenden Grund zur Widerklage nachweist[46]), in solchen Landen, wo die uneigentliche Widerklage oder Nachklage eingeführt ist[47]), wo also die Widerklage nicht zugleich mit der Hauptklage (simultaneo processu) verhandelt werden kann, dafür zu leisten, daß er wegen der erstern in dem Gerichtsstande des Beklagten Recht nehmen will[48]). Es ist dieß also eine cautio de iudicio sisti, nicht iudicatum solvi (s. w. u.)[49]).

---

41) Linde, Bemerkungen über die Zweckmäßigkeit der in Teutschland geltenden Grundsätze über das Armenrecht im Prozesse; im Archiv für civilistische Praxis, 16. Bd. 1. Heft, Nr. II. S. 76 u. 77.

42) Wegen Nassau vergl. v. d. Nahmer a. a. O.; wegen der Particulargesetze des sächsischen Rechtes s. Kori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozesses, Jena 1822, §. 142 u. 159. Im Allgemeinen vergl. wegen der älteren Ansicht Besoldus l. c. cap. VII. p. 223.

43) Ueber die Caution wegen der Unkosten im Allgemeinen vergl.: Berger l. c. lib. IV. tit. XIX. th. II. Gribner l. c. lib. I. cap. I. s. II. §. II. et not. b. s. IX. §. IV. c. not. lib. II. cap. VIII. §. VI. Glück a. a. O. §. 245. S. 439. Gensler-Morstadt a. a. O. Pfotenhauer l. c. Biener l. c. §. 48. Heise und Cropp, juristische Abhandlungen ꝛc., Hamburg 1830, 1. Bd. Abh. 17. S. 314 (rücksichtlich des Provocanten und des klagenden Concursvertreters einigermaßen abweichend von obigen Ansichten). v. Hohnhorst, Jahrbücher des Großh. b. Oberhofger. zu Mannheim, Mannheim 1823, IV. S. 198.

44) Kori a. a. O. §. 40.

45) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 223. Martin a. a. O. §. 299.

46) Gensler-Morstadt a. a. O. Elvers, Themis, 1. Bd. Göttingen 1827, S. 150: Cautionsantrag wegen der Widerklage ist nicht zu berücksichtigen, sobald derselbe nicht auf besondere Gründe gestützt worden ist.

47) Knorr a. a. O. 2. Buch, 5. Hptst. §. 9.

48) Im Allgemeinen vergl. über diese Caution: Danz a. a. O. §. 479. Gensler-Morstadt a. a. O. Biener l. c. §. 312.

49) Der Streit darüber, ob dieß so sei, wurde in den früheren Zeiten zwischen Schilter und Carpzov geführt, deren Erster in der Praxis iuris romani in foro germanico, Francofurti et Lipsiae 1713, exercit. XLVIII. §. 45 sq. das Gegentheil des Obigen behauptete. Neuerlich wurde er aufgenommen von Hufeland, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften, 5. Stück, Jena 1802, Nr. XIII, 1, gegen Schilter, dessen Meinung in der neuesten Zeit adoptirten Pfotenhauer-Diedemann l. c. §. 282. Martin a. a. O. §. 299. Dawider: Biener l. c. §. 48. obs. 4. Gensler-Morstadt a. a. O.

Da sie der Natur der Sache nach in allen den Staaten zwecklos sein würde, in denen die Widerklage zugleich mit der Hauptklage ausgeführt werden kann, weil es da dem Beklagten frei steht, in seiner Exceptionsschrift die Widerklage anhängig zu machen, wo dann der Kläger der Entscheidung darüber gar nicht entgehen kann, so ist sie durch mehrere Prozeßordnungen aufgehoben[50]). Da, wo sie noch gilt, wird sie ganz nach den Grundsätzen des Vorstandes wegen der Unkosten (s. vorstehend), rücksichtlich sowohl der dießfallsigen Summe, als der Befreiungen davon, als der prozessualischen Behandlung angesehen. Daher muß auch der Beklagte, als Widerkläger, Caution der Unkosten halber bestellen[51]). Die Caution wegen der Widerklage findet in der Regel nur im Executivprozesse statt, da im Ordinarprozesse nichts hindert, die Widerklagsgegenstände in der Convention geltend zu machen[52]).

Da der Beklagte rücksichtlich der Wiedererlangung des von ihm zu gewährenden Libellats, wenn ihm auch die Widerklage zusteht, durch vorstehende Caution, eben weil sie nicht eine cautio iudicatum solvi ist, mithin bei Bestimmung ihrer Summe die Größe des Widerklagobjectes nicht berücksichtigt werden darf, auch nicht gesichert sein würde, so steht ihm das Recht zu, das nach den Klagverhandlungen (in conventione) schuldige Libellat so lange zu deponiren, bis der Kläger die cautio de iudicato restituendo in casum succumbentiae, oder kurz cautio de restituendo, bestellt hat[53]). Sie ist vorzüglich dann von Nutzen, wenn die Widerklage als Nachklage angestellt werden muß, oder die Schnelligkeit des Verfahrens, z. B. im Executivprozesse, zur Zahlung des Libellats drängt, während die Widerklage noch nicht beendigt ist. Sie ist eine Art von cautio iudicatum solvi (s. nachstehend), und es findet sich eine ähnliche Sicherheitsbestellung schon im canonischen Rechte[54]). Die Summe dieser Caution richtet sich nach der Summe des Widerklaglibellates. Der, welcher die Caution fordert, kann jedoch, nach Befinden, zu einem Gefährdeeid angehalten, auch kann ihm eine, nur im dringenden Falle zu verlängernde präclusive Frist zu Anstellung seiner Widerklage festge-

---

50) Biener l. c. u. §. 312. Kori a. a. O. §. 40, besonders Note 2. Gensler-Morstadt a. a. O. Gribner l. c. lib. I. cap. I. s. II. §. II. not. c. Man vergl. übrigens: Linde über die caut. p. reconv., besonders nach den Rechten der freien Bundesstadt Frankfurt, in dessen Abhandlungen aus dem teutschen gemeinen und Civilprozesse, Bonn 1823—1829, 2. Bd. Abh. 2. S. 122.

51) Gensler-Morstadt a. a. O.

52) Biener l. c. Bopp, Bibliothek gewählter Strafrechtsfälle, Leipzig und Stuttgart 1834, 3. Bd. 6. Heft, S. 148: Ueber die Zulässigkeit und Wirkung der Einrede der Sicherheitsleistung wegen der Widerklage im Executionsprozesse.

53) Linde, Lehrbuch §. 121. Biener l. c. §. 48. obs. 4. §. 207. not. 3. §. 312. Pfotenhauer-Diedemann l. c. §. 282. Gensler-Morstadt a. a. O. S. 224.

54) C. 6. X. de in integr. restitut. (1. 41.)

setzt werden. Im Wechselprozesse kann diese Caution in der Regel nur gefordert werden, wenn der Wechselgläubiger fremd ist und als nicht wohlhabend sich charakterisirt, oder wenn behauptet wird, der Wechsel sei über eine Spielschuld ausgestellt [55]).

Die Caution wegen Fortsetzung des Prozesses (cautio de lite prosequenda) ist im canonischen Rechte gegründet[56]) und war daher in Teutschland schon früh im Gebrauche [57]). Wenn der Kläger in einem auf seine Klage anberaumten Termine ausbleibt, so hat der Beklagte nach gemeinem Rechte die Befugniß, zu verlangen, daß der Richter den Beklagten von der Instanz lossprechе und den Kläger nicht nur in Bezahlung der durch den Prozeß verursachten Kosten, sondern auch, wenn der Kläger den Prozeß fortsetzen will, vorher in Bestellung einer Caution dafür verurtheile, daß er nunmehr den Prozeß ohne Verzug von Termin zu Termin fortsetze. Die Caution verfällt, wenn der Kläger dann dennoch neue Verziehungen zu Schulden bringt, dem Richter. Nach dem ältern sächsischen Rechte war der Beklagte auch befugt, wenn der Kläger in dem abermals auf sein Gesuch anberaumten Termine ausblieb, zu fordern, daß der Kläger zur Fortstellung seiner Klage binnen sächsischer Frist, bei Verlust seines Klagerechtes, geladen werde. Dieses Präjudiz wird, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, nach den neueren sächsischen Prozeßgesetzen, sogleich im ersten Termine, den der Kläger versäumt, erkannt und, bei abermaligem Außenbleiben, der Kläger auch wirklich hinein verurtheilt, wodurch sich die gedachte Caution erledigt hat. Wo sie noch existirt, wird auch ihre Summe durch richterliches Ermessen nach dem zu fürchtenden Kosten- und Schadenbetrage bestimmt [58]).

Können die eben bemerkten civilprozeßrechtlichen Cautionen des Klägers keine Anwendung in dem jetzigen Inquisitionsprozesse, bei Ermangelung eines Klägers, finden, so sind dagegen die Cautionen des Beklagten, häufig als nur Eine cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi dargestellt, auch im Criminalprozesse sehr zu beachten. Im Civilprozesse wird die cautio de iudicio sisti dann vom Beklagten gefordert, wenn er die Gerichtsbarkeit freiwillig erstreckte, seinen Wohnsitz zu verändern im Begriffe steht, oder gar der Flucht verdächtig ist. Verweigert der Beklagte die Leistung dieser Caution, so können seine Effecten verkümmert, ja geeigneten Falles kann Arrest an seine Person gelegt werden. Die Caution erlischt mit dem Tode des Caventen,

---

55) Biener l. c. §. 257. Man vergl. indeß Scherer, Handbuch des Wechselrechtes, 1. Th. Frankfurt a. M. 1800, u. d. W. Caution, §. 4. S. 378.

56) C. 1. de dolo et contumacia in VI. (2. 6.)

57) Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 3. Th. Göttingen 1836, §. 460, S. 485.

58) Gribner l. c. lib. I. cap. II. s. I. §. III. et not. d. §. V. et not. c. Pfotenhauer-Diedemann l. c. §. 283. Biener l. c. §. 92. Kori a. a. O. §. 72. Martin a. a. O. §. 299. Gensler-Morstadt a. a. O. S. 224. Linde a. a. O. §. 121.

denn sie ist nur Sicherheitsbestellung dafür, sich zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte stellen zu wollen[59]), oder bestimmter: sich auf jedesmalige Citation gehörig stellen und den Rechtsstreit vor dem Gerichte, wo er anhängig ist, beendigen zu wollen[60]). Dagegen ist das Recht der Erforderung der cautio iudicatum solvi v. de iudicato solvendo, d. i. der Sicherstellung dafür, daß der Beklagte das, was ihm gerichtlich auferlegt werden wird, leisten wolle, durch die Bescheinigung des Umstandes bedingt, daß der Beklagte sein Vermögen zu verschleudern beginne. Diese Caution dauert so lange, bis dem Urtheilsspruche volle Genüge geleistet ist. Beide Arten von Cautionen können dem Beklagten in jedem Stadium des Prozesses, sogar in den höheren Instanzen, angesonnen werden, wenn sonst die Erfordernisse dazu vorhanden sind[61]). Im Criminalprozesse ist Besorgniß der Flucht der Grund jeder Sicherstellung, und der Standpunkt in Ansehung der cautio de iudicio sisti ist dadurch verrückt worden, daß man unter den Jurisdictionssicherungsmitteln in Teutschland den Arrest als die Regel, die Caution als die Ausnahme, statt des umgekehrten Verhältnisses, ansah. Arrest und Caution sind Sicherungsmittel, und der Richter muß, wenn beide gleich zum Zwecke führen, darunter dasjenige wählen, welches mit dem wenigsten Nachtheile für den Angeschuldigten verbunden ist. Daher wird bei vermögenden, namentlich bei angesessenen Verbrechern, besonders wenn ihr Vermögen durch Prozeßkosten und Entschädigung nicht absorbirt werden dürfte, Caution allen andern Garantien in der Regel vorzuziehen sein. Die römischen Gesetze[62]) sprechen sich darüber sehr zweckmäßig so aus: De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obiicitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae, vel pro dignitate eius, qui accusatur, facere solet[63]). Auch die ältesten teutschen Gesetze begünstigten die Caution (namentlich durch Bürgen, „Pürgel") an

---

59) v. Schröter, über die Regel: Dies interpellat pro homine, in der Linde-Marezoll-Ingenheim'schen Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 4. Bd. 1. Heft, Gießen 1830, Nr. V. S. 184.

60) Glück a. a. O. §. 245. S. 442.

61) Wahrhaft lächerlich erscheint es, wenn Quistorp in seinen rechtlichen Bemerkungen eine nicht durchzuführende und nicht einmal immer rechtlich zu begründende triviale Drohung als etwas ganz Besonderes unter der Rubrik anpreist (LXXXVIII. Bemerkung): Ein Mittel, um Jemanden zur Leistung der Caution de iudicio sisti und iudicatum solvi anzuhalten. Ueber diese Cautionen s. im Allgemeinen: Danz a. a. O. §. 479. Pfotenhauer-Diedemann l. c. §. 284. Martin a. a. O. §. 299. Gensler-Morstadt a. a. O. S. 225. Linde, Lehrbuch §. 121.

62) L. 1. D. de custodia et exhibitione reorum. (48. 3.)

63) Ueber einige anscheinend widersprechende Gesetzstellen siehe Mittermaier a. a. O. Note 2.

der Stelle des Arrestes[64]). Am deutlichsten haben sich die Spuren davon im englischen Criminalprozesse erhalten, und am weitesten haben sich davon diejenigen teutschen Gesetze entfernt[65]), welche die Cautionsbestellung nur bei solchen Verbrechen und Vergehen gestatten, auf die nur eine geringere Strafe gesetzt ist. Nach gemeinem Rechte wird in der Regel nur bei ganz schweren Verbrechen, wenn nicht besondere Milderungsgründe bei dem vorliegenden Falle die Strafe merklich mindern, oder ganz ungewöhnliche Umstände den in der Sache selbst liegenden Verdacht der Flucht wenigstens zum Theil beseitigen, sowie überhaupt dann die Caution nicht zugelassen, wenn die Folgen des Verbrechens und die Lage des Verbrechers von der Art sind, daß ihm die Caution nicht mehr Motive zur Gestellung vor Gericht abgiebt, als erstere Motive für die Flucht. Außerdem muß der Richter — vorausgesetzt, daß nicht wegen zu befürchtender Collusionen die Verhaftung nöthig wird — die Caution zulassen, so oft sie die Nichtentfernung des Angeschuldigten wahrscheinlich verbürgt. Daher muß auch die bereits gestellte Caution aufgehoben und der Angeschuldigte zum Arrest gebracht werden, wenn erstere nicht mehr ausreichende Sicherheit zu gewähren scheint. Dagegen wird, so lange diese letztere Besorgniß nicht eintritt, der Angeschuldigte, welcher cautio de iudicio sisti geleistet hat, wie jede andere der Flucht unverdächtige Person behandelt. Im Allgemeinen ist das Versprechen bei dieser Caution im Criminalprozesse, dem im Civilprozesse gleich; doch muß ihm nach mehreren Landesgesetzen[66]) noch die Zusicherung beigefügt werden, sich ohne Erlaubniß des Gerichtes nicht aus dem Gerichtssprengel oder Aufenthaltsort entfernen zu wollen. Der Bruch dieser Caution wird nach den Grundsätzen über widerrechtliche Selbstbefreiung, wozu bei juratorischer Caution die Strafe des Meineides kommt, nach römischen Gesetzen mit Entsetzung der Würde des Cautionsbrüchigen[67]) bestraft. Mit der cautio de iudicio sisti wird, wie schon erwähnt, in der Regel, und nicht blos da, wo eine Geldstrafe zu erwarten steht[68]), die cautio iudicatum solvi verbunden in der allgemeinen Formel: daß sich der Angeschuldigte auf Erfordern jederzeit vor Gericht stellen (sich ohne dessen Vorwissen nicht aus dem Gerichtssprengel, oder seinem Wohnorte entfernen) und Alles, was ihm zuerkannt wird, leiden und bezahlen wolle. Die Summe der Caution ist daher nach dem zu erwartenden Betrage der Kosten, Strafe, Privatbuße, Entschädigung ꝛc. zu arbitri-

---

64) Böhmer, ius eccles. prot. tom. IV. lib. V. tit. I. §. 48.

65) Das preuß. Criminalrecht Art. 208 u. 224 gestattet die Annahme der Caution nur bei den Verbrechen, wo nicht höchstens ein Jahr Einsperrung, das bayersche Strafgesetzbuch, Art. 134, wo nicht Zuchthaus-, Ketten- oder Todesstrafe sich dafür erwarten läßt.

66) Z. B. im Königreich Sachsen nach dem Rescripte vom 8. Juli 1779, C. C. A. II. P. I. pag. 367.

67) L. 17. init. C. de dignitatibus. (12. 1.) Man vergl. Martin, Lehrbuch des Criminalrechtes, §. 246 und Note 1.

68) Gegen v. Quistorp im angez. peinl. Rechte, 2. Th. §. 839.

ren[69]). Im Uebrigen wird sie nach den Grundsätzen der cautio de iudicio sisti angesehen[70]).

So wenig im Inquisitionsprozesse von einer Caution des Klägers die Rede sein kann, — in dem altrechtlichen Anklageprozesse existirte sie für den Kläger, mit Ausschluß des Fiscus, und für Beklagten[71]) — ebenso wenig ist dieß rücksichtlich eines Anwaltes möglich. Denn da im Untersuchungsprozesse jeder Angeschuldigte persönlich erscheinen muß, so kann die Caution des Anwaltes dafür, daß sein Gewaltgeber seine Handlungen genehmigen werde, im jetzigen teutschen Criminalprozesse gar nicht vorkommen. Auch im Civilprozesse ist es bekanntlich in der Regel untersagt, daß ein Anwalt blos als negotiorum gestor für eine betheiligte Partei auftrete, und dem Gegentheile, da hieraus leicht Nullitäten erwachsen können, steht dagegen die exceptio deficientis legitimationis ad processum zu. Indeß sind theils gewisse Personen befugt, in vermutheter Vollmacht ohne Legitimation für einander vor Gericht zu erscheinen, wohin Verwandte in auf- und absteigender Linie, Schwiegervater und Schwiegersohn, Streitgenossen, Stiefvater und Stiefsohn, Gemeindeglieder in Gemeindeangelegenheiten, dann der Ehemann für seine Ehefrau, der Geschlechtsvormund für seine Curandin gehören, theils ist dem Anwalt, dessen Vollmacht in der Form noch mangelhaft ist, verstattet, einstweilen im Prozeß für seinen Gewaltgeber zu handeln, — Alle unter der Bedingung, wenn sie die vorbeschriebene cautio rati v. de rato leisten. Die Summe ermißt der Richter nach dem Interesse, welches der Cavent dabei hat, daß seine Handlungen genehmigt werden, gewöhnlich auf 10—30 Thlr.; sie sollte aber wohl mehr nach dem Interesse abgemessen werden, welches der Gegentheil dabei hat, wenn die Handlung des Anwalts seines Gegners nicht genehmigt wird. Ihm ist die Caution verfallen und der Cavent muß auch die Unkosten bezahlen. Wenn auch die römischen Gesetze darüber nicht überall klar sind, so ist dieß gewöhnlich durch die Landesgesetze näher bestimmt[72]). Ein solcher Anwalt kann unter dem Schutze dieser Caution höchstens bis zur Definitivsentenz verfahren; dann aber muß das weitere Verfahren bis zur Beibringung der Genehmigung sistirt werden. Die oft aus unzeitiger Nachsicht gegen Sachwalter in dieser Beziehung entstehenden Nachtheile rechtfertigen die Ansicht einiger Praktiker, daß die Annahme der cautio pro rato et mandato (wie man sich auch auszudrücken pflegt) nur für Fälle der Eile

---

69) Henke a. a. O. S. 633.

70) Ueber beide Cautionen vergl. Stübel a. a. O. §. 1690. 1691. 1737. Tittmann a. a. O. §. 707. 710. Martin, Criminalprozeß §. 117. Mittermaier a. a. O. §. 70. Henke a. a. O. S. 630. v. Jagemann a. a. O. §. 260 und Note 2.

71) Knorr a. a. O. 3. Buch, 9. Hauptst. §. 7 u. 8. v. Quistorp a. a. O. §. 550. Henke a. a. O. §. 137. S. 850.

72) Tit. D. ratam rem haberi. (46. 8.) Vergl. Erneuerte königl. sächs. Prozeßordnung ad tit. VII. §. 3.

und für die erste Handlung zu gestatten sei[73]). Sie ist der einzige Vorstand, auf den unbestritten der Civilrichter auch gemeinrechtlich Amtswegen dringen kann[74]).

Was nämlich sämmtliche civilprozeßliche Cautionen insbesondere anlangt, so soll, die oben angegebenen einzelnen Fälle ausgenommen, Niemand ohne Noth mit Cautionsleistungen belästigt werden[75]); auch soll der Richter zwar auf den Antrag der Parteien über Nothwendigkeit und Quantität der Caution, nach Anhörung der erstern, entscheiden, aber von diesen selbst hängt es ab, ob sie sich durch einen Vorstand sichern lassen wollen oder nicht[76]). Nur Zweierlei ist noch zu bemerken: 1) daß, sowie überhaupt sich kein Schuldner durch Caution von wirklich erkannter Zahlung befreien kann, auch im Wechselprozesse, wo strenges Wechselrecht gilt, keine Caution davon befreit, außer hier und da in Fällen eingewandter Appellation auf so lange, bis darüber entschieden ist. Vom Personalarrest aber befreit Caution nur da, wo nicht strenges Wechselrecht gilt, mithin die Execution vorerst in die Güter geschehen muß, oder wenn die Sache noch streitig ist[77]). 2) Es wird bei dieser Materie gewöhnlich die cautio de non amplius turbando erwähnt. Zu den eigentlich civilprozeßlichen Cautionen gehört sie jedoch darum nicht, weil sie nicht auf den Prozeßgang selbst Einfluß hat, ob sie gleich behufs prozeßlicher Hilfe erkannt zu werden pflegt. Wenn nämlich eine Partei von der andern erkanntermaßen in ihren Rechten, vorzüglich im Besitz gekränkt wird, so muß die Partei, welche dem richterlichen Befehle entgegen handelt, gemeinrechtlich eine für den Fall fernerer Turbation verfallende, nach dem durch letztern zu befürchtenden Schaden abzumessende Caution bestellen. Nach mehreren Particulargesetzen, z. B. in Sachsen, ist sie abgeschafft und es treten an deren Stelle Pönalauflagen[78]).

Nach dem Vorhergehenden beabsichtigen sämmtliche criminalprozeßliche Cautionen in der Hauptsache nur Verhütung der Flucht und sind sonach und aus den oben (S. 620 flg.) angegebenen

---

73) Puchta, über den Ungehorsam vor Gericht und dessen Strafen ꝛc., in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 8. Bd. 2. Heft, Gießen 1835, Nr. V. S. 218 flg.

74) Ueber die cautio de rato im Allgemeinen vergl. Gribner l. c. lib. I. cap. II. s. III. §. IV. not. a. Knorr a. a. O. 4. Hauptst. §. 7, Note g. Biener l. c. §. 41. et not. 6. obs. un. Kori a. a. O. §. 14 u. 17. Martin a. a. O. §. 299. Linde a. a. O. §. 121.

75) L. 14. §. 1. D. ut legat. servand. causa (36. 3.) Iniquum esse supervacua cautione onerari etc.

76) Danz a. a. O. §. 480 a. E. Martin a. a. O. 299 a. E. und §. 300.

77) Scherer a. a. O. S. 374 flg. Knorr a. a. O. 3. Buch, 6. Hauptst. §. 6.

78) Sintenis, was ist Gegenstand der Klagen aus obligationibus ad faciendum etc., in der angez. Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 11. Bd. 1. Heft, Nr. 2. S. 83. Knorr a. a. O. 3. Buch, 4. Hptst. §. 6. Biener l. c. §. 210. not. 5.

Gründen sofort anzuwenden, so oft durch die Haft nichts als Vermeidung der Flucht beabsichtigt wird, und sie zu Erreichung dieses Zweckes hinlänglich erscheinen [79]); in früheren Zeiten nahm man ihre Zulässigkeit an, wenn die zu erwartende Strafe lebenslängliche Landesverweisung nicht überschritt [80]). Man glaubt in der Praxis noch jetzt, daß man sich ihrer zwar nicht bei großen Verbrechen, welche Todesstrafe oder lebenslängliche Freiheitsberaubung nach sich ziehen [81]), wohl aber daß man sich ihrer bei allen andern Vergehen und Verbrechen bedienen könne, wo Verdacht der Flucht vorhanden ist [82]). Im Allgemeinen theilt man die criminalrechtlichen Cautionen in solche, deren Zweck Commissivhandlungen sind, wohin die schon oben berücksichtigten cautiones de iudicio sisti et iudicatum solvi (s. o. S. 621) gehören, und in solche, deren Zweck Omissivhandlungen sind. Dieß Letztere ist bei der cautio de non offendendo der Fall, d. i. diejenige, welche ein, gewisser Vergehen oder Verbrechen sehr Verdächtiger dafür stellt, daß er sie nicht begehen werde. Dieß ist gewöhnlich die Folge von Drohungen oder von schon wirklich begangenen Excessen an andern Personen, z. B. unter Eheleuten. Sie kommt eben deßhalb auch im Eheprozesse, also im Civilprozesse vor (s. o. S. 616). Die peinliche Gerichtsordnung, Art. 176, ordnet diese Caution ausdrücklich an, wenn der Verdächtige nicht gefangen gehalten sein will [83]). Sie gehört aus denselben Gründen nicht zu den criminalprozeßlichen, wie nach Obigem die c. d. non ampl. turb. nicht zu den civilprozeßlichen Cautionen. Eigenthümlich ist dem Criminalprozesse die Bestellung einer cautio de iudicio sisti et iudicatum solvi, behufs der Erlangung sichern Geleites [84]). Sie dürfte aus den oben (S. 611) angegebenen Gründen ebenso wenig zu rechtfertigen sein, als die Ansinnung einer Caution in den Fällen, wo eine criminalrechtliche sogenannte absolutio ab instantia ertheilt worden ist, den neueren Ansichten über die Widerrechtlichkeit dieser Art von Erkenntnissen entsprechen möchte. Wenn sie auch früherhin gefordert wurde [85]), so möchte dieß wohl jetzt nirgends mehr geschehen. Dem Criminalrechte ist es endlich eigen, daß hier jede Caution Amtswegen vom Richter, nicht von dem Damnificaten, Ankläger ꝛc. gefordert, auch von dem Richter unter den mehreren Arten von Cautionen die schicklichste gewählt wird [86]), wobei

---

79) Müller a. a. O. §. 139. S. 300.

80) Gribner l. c. lib. II. cap. X. §. V.

81) Tittmann a. a. O. §. 706 u. 708 a. E. v. Quistorp a. a. O. §. 662 a. E. und Note n.

82) v. Quistorp a. a. O. §. 645. Stübel a. a. O. §. 1685 u. 1686.

83) Tittmann a. a. O. §. 134. Stübel a. a. O. §. 1707. v. Quistorp, rechtl. Bemerk., 2. Th. Bem. XVIII. S. 71: Ueber die cautio de non offendendo unter Eheleuten.

84) Knorr a. a. O. 3. Buch, 10. Hptst. §. 19 u. Note a. v. Quistorp, peinl. Recht, §. 839 u. 841. Martin a. a. O. §. 106 u. 107. Müller a. a. O. §. 144, besonders Note 10.

85) v. Quistorp a. a. O. §. 776.

86) Stübel a. a. O. §. 507.

er im Falle gleicher Wirkung, nach Obigem, die dem Caventen am wenigsten beschwerliche wählen muß[87]). Buddeus.

Cautio de non amplius petendo[1]) heißt bei den neueren Rechtsgelehrten das in die Stipulationsform gekleidete Versprechen, wodurch sich Jemand verbindlich macht, dem Anderen den Schaden zu ersetzen, falls die Sache, welche im jetzigen Prozesse zwischen beiden verlangt wird, späterhin in einem anderen Prozesse gegen denselben Beklagten diesem noch einmal abverlangt werden sollte. Bei den Römern finden sich folgende Bezeichnungen dieser Caution: stipulatio amplius non peti[2]), oder cavere amplius eo nomine neminem, cuius petitio sit, petiturum[3]), oder satisdare neminem postea petiturum[4]). Den Kunstausdruck peti bezog man namentlich auf die gerichtliche Einforderung des Gegenstandes[5]), wenn schon auch Compensation und Deduction dazu gerechnet wurden[6]). Jedenfalls sind aber die gedachten Bezeichnungen nur a potiori hergenommen, da die Stipulation vollständig so lautete: non petiturum eum, cuius de ea re actio, petitio, persecutio sit[7]). — Diese Caution kommt in den römischen Rechtsquellen selbstständig und mit anderen Cautionen verbunden vor. Zu den Fällen der letztern Gattung gehört ihre Verbindung mit der cautio de rato, als deren Bestandtheil sie in manchen Stellen der römischen Rechtsquellen bezeichnet wird[8]). Selbstständig erscheint die Caution, wenn Einer im eignen Namen und zugleich in dem seiner Genossen mit dem Gegner transigirt, als Anhängsel des Vergleichs[9]); auch kommt sie bei der cautio legatorum servandorum causa vor, wenn der Vater die letztere im Namen des Sohnes, welchen er in seiner Gewalt hat, vom Erben verlangt[10]); der praktisch wichtigste Fall ihrer Anwendung ist es aber, wenn sie bei dem electiven Concurs der Klagen als ein Mittel angewendet wird, um den Kläger zu zwingen, daß er nach Erwählung der einen Klage die andere aufgebe, welche mit der gewählten in seiner Person gegen denselben Beklagten wegen desselben Anspruchs concurrirte[11]). Und es wird in diesem Falle dem Richter,

---

87) Ueber Criminalcautionen im Allgemeinen siehe Marthini diss. de cautione criminali, Bützow 1777.

1) Literatur: Dionysius Gothofredus ad L. 15. D. rem ratam. (46. 8.) Brissonius de formulis lib. V. cap. 56. ed. Bach p. 373. u. cap. 162. p. 433.

2) L. 14. D. rem ratam. (46. 8.) L. 15. L. 23. D. ibid.

3) Cic. Brut. c. 5.

4) Cic. pro Roscio Comoed. c. 12., epist. ad. Fam. XIII. 29.

5) L. 15. D. 46. 8. Daher die Umschreibung des Inhaltes der Caution durch amplius non agi in L. 27. §. 14. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)

6) L. 15. D. 46. 8. L. 12. §. 3. D. ibid.

7) L. 23. D. 46. 8.

8) L. 14. D. 46. 8. L. 15. u. L. 23. D. ibid.

9) Cic. pro Roscio Comoedo c. 12.

10) L. 2. D. ut legatorum. (36. 3.)

11) L. 36. §. 2. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 13. D. de rei vindicatione. (6. 1.)

welcher über den anhängig gemachten Prozeß zu urtheilen hat, zur Pflicht gemacht, das Urtheil nicht eher auszusprechen, als nachdem der Kläger dem Beklagten die Caution geleistet hat[12]). Die Art und Weise, wie die Caution geleistet wird, ist in den römischen Rechtsquellen nicht weiter bestimmt. In Verbindung mit der cautio de rato muß sie wohl in derselben Weise, wie die letztere, geleistet werden, also unter Stellung von Bürgen für die Erfüllung des Versprechens. Wo sie als selbstständige Caution vorkommt, müssen wohl die allgemeinen Regeln befolgt werden, welche von den Cautionen gelten.

Heimbach.

Cautio doli mali[1]) oder de dolo malo heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Versprechen, den Schaden zu ersetzen, welcher für den Anderen dadurch entsteht, daß der Versprechende dolo malo gegen ihn handelt. Der Name ist unrömisch; in römischen Rechtsquellen heißt die Caution bald doli stipulatio[2]), bald doli clausula[3]). Der Inhalt derselben wird ebendaselbst gewöhnlich mit folgenden Worten bezeichnet: dolum malum abesse abfuturumque esse[4]), oder cui rei dolus malus non abest, non afuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari spondes?[5]). Doch unterscheiden sich beide Formeln wesentlich dadurch, daß der Promittent im ersten Falle nur für den eignen Dolus und den seiner Erben und übrigen Nachfolger haftet; im zweiten hingegen jeden Schaden zu vergüten hat, welchen der Stipulator durch den Dolus des Promittenten und den jedes Anderen in Betreff des in Frage stehenden Geschäftes erleidet[6]). Eigenthümlich ist die Beziehung der Worte abfuturumque esse auf den Dolus des Erben und der übrigen Nachfolger, während das abesse nur auf den des Promittenten gedeutet wird[7]). Die Form, in welcher diese Caution abgefaßt wird, ist die gewöhnliche Stipulationsform, daher die daraus entstehende Klage die ex stipulatu actio ist, welche die de dolo actio für den vorliegenden Fall von selbst ausschließt[8]). — Die Anwendung dieser Caution ist sehr mannigfaltig. Am

---

12) L. 9. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) L. 25. §. 5. D. locati. (19.2.) L. 43. D. ibid. Darauf deutet auch L. 7. §. 1. D. commodati. (13. 6.) Vergl. Brissonius de formulis lib. V. cap. 162. ed. Bach p. 433.

1) Literatur: Brissonius de formulis lib. V. cap. 180. ed. Bach p. 546. Pothier Pandectae Iustinianeae lib. XLV. tit. 1. tom. III. art. 1. §. 11. tom. III. p. 226.

2) L. 121. §. 3. D. de verb. oblig. (45. 1.)

3) L. 53. D. 45. 1. L. 119. L. 135. §. 4. D. ibid.

4) L. 121. pr. D. 45. 1. L. 4. pr. D. ibid. L. 19. pr. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 5. pr. D. usufructuarius quemadmodum caveat. (7. 9.) Andere Formeln siehe bei Brissonius de formulis lib. VI. cap. 180. ed. Bach p. 546.

5) L. 38. §. 13. D. 45. 1. L. 69. D. de V. S. (50. 16.)

6) L. 38. §. 13. D. 45. 1. L. 69. D. 50. 16. L. 5. pr. D. 7. 9. L. 19. §. 1. D. 46. 7.

7) L. 19. pr. D. 46. 7.

8) L. 4. §. 16. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.) L. 7. §. 3. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 31. D. de receptis. (4. 8.)

häufigsten kommt sie als Bestandtheil anderer Stipulationen oder Contracte vor, um den Einen von den Contrahenten gegen die Arglist des Gegners sicher zu stellen, und dann erstrecken sich ihre Wirkungen nicht sowohl auf diejenigen Theile des Contractes, welche durch die Contractsbedingungen näher bestimmt sind, als vielmehr auf ungewisse, im Contracte nicht näher bezeichnete Fälle [9]). Folgenden Contracten wird die Stipulation namentlich beigegeben: den Stipulationen [10]), dem Societätscontracte [11]) und besonders dem Kaufe [12]), wo sie sich indessen von selbst verstand [13]). Dieß Resultat bestätigen auch die Urkunden, welche aus der römischen Kaiserzeit und dem Anfange des Mittelalters auf uns gekommen sind. In denselben findet sich die doli clausula namentlich bei Kaufinstrumenten [14]) und Schenkungen [15]). Ueberhaupt scheint es eine allgemeine Sitte der Römer gewesen zu sein, die doli clausula zu interponiren, wenn Jemand dem Andern eine Sache tradirte oder restituirte [16]). In vielen Fällen bildet die doli clausula einen nothwendigen Bestandtheil der zu leistenden Cautionen. So kam sie regelmäßig vor bei der cautio de rato [17]), bei der Stipulation iudicatum solvi [18]), bei der cautio usufructuaria [19]), bei der Stipulation wegen operis novi nuntiatio [20]), und bei den Cautionen, welche bei der Ausantwortung von Legaten an die Legatare der Falcidischen Quart halber nothwendig werden [21]). Auch beim Compromisse wird sie erwähnt [22]).

Heimbach.

Cautio (richtiger **satisdatio** [1])) **iudicatum solvi** heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsgelehrten die vom Beklagten oder dessen Stellvertreter im Prozesse dem Kläger zu leistende Satisdation

---

9) L. 119. D. 45. 1. L. 53. D. ibid.

10) L. 22. D. 45. 1. Vergl. die Stellen in der vorigen Note. Vergl. Brissonius l. c. p. 546.

11) L. 22. §. 1. D. de re iudicata. (42. 1.)

12) L. 68. §. 1. D. de contrah. emtione. (18. 1.)

13) L. 68. §. 1. D. 18. 1. Ambrosius de offic. III. 10. Vgl. Brissonius l. c. lib. VI. cap. 48. ed. Bach p. 482.

14) Spangenberg iuris Romani tabulae negotiorum solemnium Nr. XLVI. p. 232; Nr. XLIX. p. 240; Nr. L. p. 247; Nr. LII. p. 262; Nr. LIV. p. 276; Nr. LV. p. 280; Nr. LVII. p. 289.

15) Spangenberg l. c. Nr. XXII. p. 154; Nr. XXIII. p. 156.

16) L. 13. §. 17. D. de actionibus empti. (19. 1.) L. 15. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 9. §. 5. D. quod metus causa. (4. 2.) L. 58. D. de evictionibus. (21. 2.) Vgl. Brissonius l. c. lib. V. cap. 161. p. 433.

17) L. 19. D. 46. 8. L. 22. §. 7. D. ibid.

18) L. 6. u. L. 19. pr. D. 46. 7. L. 45. D. de hereditatis petitione. (5. 3.)

19) L. 5. D. usufructuarius quemadmodum. (7. 9.)

20) L. 21. §. 2. D. de operis novi nuntiatione. (39. 1.)

21) L. 1. pr. D. ut legatorum — caveatur. (37. 3.) L. 1. pr. D. si cui plus, quam per legem Falcidiam. (36. 3.) L. 3. pr. D. ibid.

22) L. 31. D. 4. 8. L. 3. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

1) Literatur: Brissonius de formulis sollennibusque populi Romani verbis lib. V. cap. LVII. ed. Bach p. 374. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, Nr. III.

darüber, daß dem Inhalte des condemnatorischen Urtheils von Seiten des Beklagten werde Genüge geleistet werden. Bei persönlichen Klagen kann der Kläger nach dem classischen Pandektenrechte vom Beklagten in der Regel keine größere Sicherheit verlangen, als er vorher hatte[2]). Ausnahmen traten im ältern Rechte theils wegen der Natur der angestellten Klage ein, wie in der actio iudicati, depensi oder im iudicium de moribus mulieris, theils wegen bestimmter, die Person des Beklagten betreffender Verdachtsgründe, theils endlich wegen des Dazwischentretens eines cognitor[3]), weil bei dieser Art der Stellvertreter die iudicati actio auf den wirklichen Beklagten übergeht[4]). Vom Stellvertreter des Beklagten wird die Caution in der Regel verlangt, weil hier der Grundsatz galt: nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur[5]), mit Ausnahme des oben berührten, den cognitor betreffenden Falles. Bei der Eigenthumsklage, welche in der Form der petitoria formula abgesetzt wird, erscheint die Satisdation in jedem Falle nothwendig, ohne Unterschied ob der Beklagte selbst prozessirt oder sich durch einen Anderen vertreten läßt, weil er den Besitz der streitigen Sache auf die Dauer des Prozesses hat[6]), während in der Eigenthumsklage, welche per sponsionem abgesetzt wird, die sponsio pro praede litis et vindiciarum stattfindet. Im Justinianischen Rechte ist der Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen in Bezug auf diese Caution weggefallen und dem Beklagten, wenn er selbst im Gerichte erscheint, die Nothwendigkeit der Satisdation erlassen worden. Wird er durch Andere vertreten, so müssen seine Vertreter ganz den Grundsätzen des älteren Rechtes gemäß die genannte Caution leisten; ausgenommen ist der Fall des praesentis procurator, wo der Beklagte sie selbst leistet und noch überdieß verspricht, daß er zur Eröffnung des Bescheides sich wieder im Gerichte einfinden werde[7]). Vorschriften, welche sich nur daraus erklären, daß bei der Stellvertretung durch den Procurator in der Regel die iudicati actio weder activ noch passiv auf den Repräsentanten übertragen werden

---

S. 138—249. Zimmern, der römische Civilprozeß, §. 161. S. 480–484. Das Materiat, welches in den Justinianischen Rechtsquellen zerstreut ist, hat gesammelt Pothier Pandectae Iustinianeae lib. XLVI. 7. tom. III. p. 302—307.

2) Caius inst. IV. §. 102.

3) Caius inst. IV. §. 101.

4) Fr. Vat. §. 317. L. 7. Th. C. de cognit. L. 10. D. 40. 7. (interpolirt). Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 177 — 180 und 236—238.

5) Caius inst. IV. §. 90 u. 101. Fr. Vat. §. 317. L. 46. §. 2. D. de procuratoribus. (3. 3.) §. 1. J. 4. 11. Daher der Begriff recte defendi auf die Leistung der Caution bezogen worden ist. L. 63. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 53. D. 3. 3. L. 5. §. 3. D. 46. 7. Vergl. Zimmern, röm. Prozeß, §. 161. S. 485.

6) Caius inst. IV. §. 89—91. pr. J. 4. 11.

7) §. 4 u. 5. J. 4. 11. Darnach sind interpolirt L. 8. §. 3. D. 3. 3. L. 8. §. 3. D. ibid. L. 46. pr. D. ibid. L. 10. D. 46. 7. Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 238.

konnte[8]), während der procurator praesentis schon nach den Grundsätzen des vorjustinianischen Rechtes in dieser Beziehung nach denselben Grundsätzen, wie der cognitor, beurtheilt wurde[9]). — Um eine Uebersicht über das Detail dieser Lehre zu gewinnen, wird es zweckmäßig sein, den Zeitpunkt, wann die Caution geleistet wird, die Art und Weise, wie und an wen sie zu leisten ist, und endlich ihren Inhalt in nähere Erwägung zu ziehen. Was zuerst den Zeitpunkt, wo sie geleistet werden muß, anbetrifft, so ist es der Anfangspunkt des Prozesses[10]) und daß dieß namentlich vor der litis contestatio geschehen mußte, ergiebt sich daraus, daß von Seiten des Beklagten gar kein Stellvertreter in die Klagformel aufgenommen werden konnte, wenn er nicht zuvor die Satisdation geleistet hatte[11]), in Verbindung mit dem Umstande, daß durch die Litiscontestation die Formel für den gegenwärtigen Prozeß festgestellt und mithin die Parteien an die in die formula aufgenommenen Stellvertreter unzweifelhaft gebunden waren[12]). Auch bestätigt sich dieß dadurch, daß der Defensor nach der Leistung der Caution zur Vornahme der Litiscontestation im gegenwärtigen Prozesse in der Regel gezwungen werden kann, ohne Unterschied, ob er[13]) oder der wahre Beklagte die Caution geleistet hat[14]). — Was ferner die Art und Weise, wie die Caution zu leisten ist, anbetrifft, so steht nicht zu bezweifeln, daß dieß durch die Stellung von Bürgen geschieht, da sie in den römischen Rechtsquellen fast immer satisdatio genannt und zu den prätorischen Stipulationen gezählt wird, anderntheils auch im neuesten Rechte noch Bürgen in dieser Beziehung vorkommen[15]). Fragt man, an wen die Caution geleistet werden muß, so ist in der Regel der Kläger als derjenige zu nennen, welcher die Stipulation anzunehmen hat[16]). Indessen können auch die Stellvertreter des Klägers, deren Namen bekanntlich auch in die formula aufgenommen wurden, die Stipulation eingehen[17]), und der letztere erwirbt daraus die ex stipulatu actio utilis[18]). — Was endlich den Inhalt der Caution

---

8) Fr. Vat. §. 317. 332. Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 229—231.

9) Fr. Vat. §. 331. L. 7. Th. C. de cognitoribus. Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 229—231.

10) L. un. C. de satisdando. (2. 57.)

11) Wer nicht satisdirt, gilt nicht als Stellvertreter. Vergl. L. 63. D. 5. 1. L. 53. D. 3. 3. L. 5. §. 3. D. 46. 7. Die Caution ist so wesentlich bei der Stellvertretung, daß sie nicht einmal dem Procurator erlassen werden kann. Fr. Vat. §. 317.

12) Deshalb kann der dominus nach der Caution nur causa cognita an die Stelle des Stellvertreters treten. L. 64. D. 3. 3. L. 1. §. 2. D. quibus modis pignus. (20. 6.)

13) L. 43. §. 6. D. 3. 3. L. 44. L. 45. pr. u. L. 76. D. ibid.

14) L. 8. §. 3. D. 3. 3. L. 9. u. L. 15. D. ibid.

15) §. 4. J. 4. 11. ibique Theoph. ed. Reitz tom. II. p. 768.

16) Caius inst. IV. §. 89 u. 90.

17) L. 3. §. 1. D. 46. 7. Vergl. Pothier Pandectae Iustinianeae XLVI. 7. art. 1. not. 2. tom. III. p. 303.

18) L. 28. D. 3. 3. Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 230.

anbetrifft, so besteht dieselbe aus drei Theilen [19]). Zuerst verspricht nämlich der Cavent, daß der Inhalt des Urtheils, falls es condemnatorisch ausfällt, an den Kläger richtig werde abgeführt werden [20]), und dieser Theil heißt ob rem iudicatam clausula [21]). Der zweite Theil der Stipulation enthält das Versprechen, den Prozeß ordnungsmäßig zu führen und heißt ob rem non defensam clausula [22]). Er erstreckt sich aber nicht nur auf die Person des Caventen, sondern auch auf dessen Bevollmächtigte [23]), und wird nach dem viri boni arbitratus beurtheilt [24]). Der dritte Theil der Stipulation enthält das Versprechen, daß kein dolus malus von Seiten des Klägers oder des Procurators vorhanden sei, noch vorhanden sein werde [25]), und heißt in der Kunstsprache doli mali clausula [26]) oder doli clausula [27]). Durch einen besondern Zusatz kann diese Clausel auch auf den dolus dritter Personen ausgedehnt werden [28]). Eine bestimmte Geldsumme wurde der Stipulation nicht eingefügt [29]). — Was die Wirkungen der Stipulation anbetrifft, so sind es die gewöhnlichen, d. h. die, daß sich der Verletzte vermöge der Caution an die Bürgen halten kann. Doch leidet dieß mannigfache Beschränkungen, welche theils aus der Form, theils aus dem Inhalte der Stipulation sich ergeben. Formelle Beschränkungen sind folgende: 1) die Caution betrifft nur die vom Kläger edirte Klagformel. Mithin zerfällt die Caution, wenn der Kläger eine neue Klage wählt [30]). 2) Die Caution betrifft nur den Richter, bei welchem der Kläger von Anfang an die Klage hat anstellen wollen [31]). Wählt dieser also später einen andern Richter, so hören die Wirkungen der gestellten Caution auf. 3) Die Caution hängt formell ganz von der gegenwärtigen Prozeßsache ab und hört mithin ganz auf, sobald der Anspruch aufhört klagbar zu sein. Dieß tritt ein bei der Prozeßverjährung [32]), bei dem Wegfall der Nothwen-

---

19) L. 6. D. 46. 7. L. 13. pr. u. L. 17. D. ibid. Vergl. L. 5. §. 2. D. ibid.

20) Caius inst. IV. §. 98. pr. J. 4. 11.

21) L. 13. pr. D. 46. 7.

22) L. 13. pr. D. 46. 7. L. 5. §. 7. D. ibid. L. 14. pr. u. §. 1. D. ibid. L. 16. D. ibid. Vergl. Brissonius de formulis lib. V. cap. LVII. ed. Bach p. 374.

23) L. 63. D. de iudiciis. (5. 1.)

24) L. 5. §. 3. D. 46. 7. L. 12. L. 17. u. 18. D. ibid. L. 37. D. 3. 3. L. 45. §. 1. D. ibid. Vergl. Brissonius l. c. p. 374.

25) L. 19. pr. D. 46. 7. L. 6. D. ibid. L. 45. D. de hered. petit. (3. 5.)

26) L. 19. §. 2. D. 46. 7.

27) L. 45. D. 3. 5.

28) L. 19. §. 1. D. 46. 7.

29) L. 2. §. 2. D. de stipul. praetoriis. (46. 5.) L. 9. D. 46. 7. L. 39. §. 6. D. 3. 3.

30) L. 64. §. 1. D. 5. 1. L. 13. §. 1. D. 46. 7.

31) L. 3. pr. D. 46. 7. L. 20. D. ibid.

32) L. 2. D. 46. 7.

digkeit zur Defension[33]), bei der Confusion, welche in der Vereinigung der Persönlichkeit des Klägers und des Beklagten in Einer Person ihren Grund hat[34]). Eine materielle Beschränkung ergibt sich aus dem Inhalt der Stipulation. Sie vereint nämlich mehrere Stipulationsgründe zu einem Ganzen, und kann mithin, wenn sie aus dem einen Grunde in Wirkung tritt, gegen dieselbe Person nicht mehr aus einem zweiten Grunde wirken[35]). Trifft es sich, daß mehrere Gründe in einer Person zusammentreffen, so zieht man im Zweifel die clausula ob rem iudicatam vor[36]). Gleichwohl wird dadurch noch keineswegs das Recht des Klägers gegen die übrigen Mitbürgen, die er auch aus einem andern Grunde verklagen kann, verkürzt[37]). Aus der Einheit der Stipulation ergiebt sich ferner noch so viel, daß aus jedem einzelnen Stipulationsgrunde die Stipulation in volle Wirkung treten kann[38]).

Was die Anwendbarkeit dieser Caution im heutigen Prozesse anbetrifft, so wird sie von den meisten Rechtslehrern in Abrede gestellt[39]), wenn schon andere sich für das Gegentheil entschieden haben. Ueberhaupt wirkten wohl verschiedene Umstände darauf hin, daß diese Caution nach und nach in Vergessenheit kam, theils die freiere Repräsentation des Beklagten im heutigen Prozesse, theils der Grundsatz, daß ohne Mandat Niemand zur Stellvertretung zugelassen wird, theils der Umstand, daß das dominium litis im heutigen Prozesse abgekommen ist[40]). Für die Realklagen gilt auch im heutigen Rechte nichts Besonderes, da ihre Eigenthümlichkeiten schon durch die Justinianische Gesetzgebung aufgehoben worden sind und die neueren Prozeßlehrer sich in ihren Untersuchungen zunächst nur an das Justinianische Recht angeschlossen haben.

Heimbach.

Cautio ratihabitionis[1]) oder de rato[2]) oder rem ratam haberi heißt die von gewissen Vertretern des Klägers im Pro-

---

33) L. 15. D. 46. 7. L. 13. pr. D. ibid.
34) L. 8. D. 46. 7.
35) L. 5. §. 2. D. 46. 7. L. 13. pr. u. L. 21. D. ibid.
36) L. 21. D. 46. 7.
37) L. 21. D. 46. 7. L. 14. D. ibid.
38) L. 17. D. 46. 7.
39) Vergl. Boehmer ius eccles. protestantium I. 38. §. 46.
40) Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 239 u. 249.

1) L. 1. C. de procuratoribus. (2. 13.) In L. 40. §. 3. D. 3. 3. heißt sie ratihabitionis satisdatio. — Literatur: Brissonius de formulis lib. V. cap. LVI. ed. Bach p. 372 sq. Bethmann-Hollweg, über Repräsentation im Prozesse, in dessen Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 138—249. Zimmern, der römische Civilprozeß, §. 159 u. 160. S. 474—480. Das Material, welches die Justinianischen Rechtsquellen in Betreff der cautio de rato enthalten, findet sich vollständig gesammelt von Pothier Pandectae Iustinianeae lib. XLVI. tit. 8. tom. III. p. 307—312.

2) L. 39. §. 1 u. 3. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 40. §. 4. D. ibid. — Stipulatio de rato habendo heißt sie in L. 2. D. rem ratam haberi. (46. 8.) Vergl. Brissonius de formulis lib. V. cap. LVI. ed. Bach p. 373.

zesse zu leistende Caution darüber, daß derjenige, dessen Persönlichkeit sie im Prozesse vertreten, die Handlungen des Vertreters genehmigen werde. Diese Caution ist deshalb für nothwendig erachtet worden, weil bei der beschränkten Repräsentation, welche das römische Recht anerkennt, der Prozeßeigenthümer an die Handlungen seines Stellvertreters im Prozesse nicht gebunden ist, mithin für den Beklagten, der sich auf die vom Stellvertreter erhobene Klage einläßt, stets die Gefahr entsteht, daß der Eigenthümer aus demselben Grunde ihn noch einmal belangen werde [3]). Bei dem Cognitor des älteren Rechtes trat eine solche Gefahr überall nicht ein, da er mit feierlichen Worten an die Stelle des Prozeßeigenthümers trat, und deshalb wurde ihm die Caution überall nicht zugemuthet [4]). Für alle anderen Fälle ist die Caution schon durch die allgemein gefaßten Worte des prätorischen Edictes anbefohlen [5]). Folglich trifft die Nothwendigkeit der Caution den Procurator, Tutor und Curator und jeden Anderen, von welchem bezweifelt wird, ob er Auftrag erhalten habe [6]). Ausnahmsweise erließ man dann die Caution dem procurator praesentis [7]), dem procurator apud acta constitutus [8]), oder wenn sonst das Mandat nicht bezweifelt werden konnte [9]); dem tutor aber fast immer [10]), außer wenn seine Eigenschaft als Vormund oder als Gerent bezweifelt wird. Ein Gleiches muß aber auch von allen Personen gelten, welche die Fähigkeit haben, für Andere rem in iudicium zu deduciren, weil auch auf diese der beim Tutor angegebene Befreiungsgrund paßt, und gerade zu dieser Classe rechnet das römische Recht, außer dem Procurator, welcher Auftrag hat, und dem tutor, auch den curator eines Wahnsinnigen oder Pupillen, den actor municipum [11]), während es den falsus procurator und negotiorum geradezu von dieser Classe ausschließt [12]). In Betreff des Curators zweifelte man schon zu den Zeiten des Caius nicht mehr, daß er nach gleichen Grundsätzen, wie der Tutor zu beurtheilen sei [13]), und dem actor civitatis und magister

---

3) Caius inst. IV. §. 97 u. 98. Theoph. paraphr. inst. III. 18. §. 4. ed. Reitz tom. II. p. 642. pr. J. 4. 11.

4) Caius inst. IV. §. 97. Zur Erklärung dieser Stelle vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 169—172.

5) L. 33. §. 3. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 39. §. 1. D. ibid.

6) Caius inst. IV. §. 98. L. 23. D. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. de procuratoribus. (2. 13.)

7) Fr. Vat. §. 333. L. un. C. de satisdando. (2. 57.) §. 3. J. 4. 11. ibique Theoph.

8) Fr. Vat. §. 317. L. 2. C. 2. 57. §. 3. J. 4. 11. ibique Theoph.

9) L. 21. D. rem ratam. (46. 8.) L. 65. D. 3. 3.

10) Caius inst. IV. §. 98. L. 23. D. 26. 7. L. 13. C. de administratione tut. (5. 37.)

11) L. 23. D. 26. 7. L. 22. D. ibid. L. 56. D. 5. 1. L. 12. D. 2. 14. L. 78. §. 1. D. 3. 3. L. 11. §. 7. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.) Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 186—190.

12) L. 27. pr. D. 3. 3. L. 56. u. L. 31. D. ibid.

13) Caius inst. IV. §. 98. L. 9. D. 46. 8.

universitatis ist die Caution stets erlassen worden[14]). Uebrigens bezieht sich die Pflicht, Caution zu leisten, nicht allein auf den Fall der Klage, sondern auch darauf, wenn Einer im fremden Namen vom Anderen Caution durch irgend eine prätorische Stipulation verlangt, z. B. damni infecti oder legatorum servandorum causa[15]), und wenn Jemand im fremden Namen eine operis novi nunciatio vornimmt[16]). Selbst in der duplae stipulatio, wenn sie in fremdem Namen gefordert wurde, verlangte man vom Stellvertreter des Fordernden die Caution[17]), ingleichen, wenn Jemand für einen Abwesenden einen Curator erbat[18]), oder wenn einem Procurator ein Legat, was dem Geschäftsherrn geschuldet ist, außergerichtlich gezahlt ward[19]). Selbst im bloßen Vertrage hat die Stipulation öfters ihren Grund, z. B. wenn der Procurator im Namen seines Geschäftsherrn einem Anderen etwas verkauft, vermiethet u. s. w.[20]). Vom Stellvertreter des Beklagten im Prozesse kann die Caution in der Regel nicht verlangt werden, außer in den iudicia duplicia[21]) und in der in rem actio[22]), in den Prozessen über den status[22]), oder wenn Jemand in der accusatio tutoris suspecti den tutor suspectus[23]), oder bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Gegner des Minderjährigen vertritt[24]). — Was die Form, in welcher die Caution geleistet wird, anbetrifft, so ist sie zweifelsohne eine satisdatio, d. h. ein Versprechen, für dessen Erfüllung Bürgen bestellt werden[25]). Fragt man, an welchem Zeitpunkte des Prozesses sie geleistet werden müsse, so steht nach classischem Pandektenrechte so viel fest, daß sie vor der Litiscontestation zu leisten sei; nachher kann sie nicht weiter verlangt werden[26]). Daß sie an den Gegner im Prozesse geleistet wird, ergibt sich theils aus dem Zusammenhange dieser Lehre mit dem ganzen römischen Prozeßverfahren, theils daraus, daß nur dieser als Berechtigter in der Stipulation erscheint, und die ex stipulatu actio erwirbt, theils endlich daraus, daß sie als ein Surrogat der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae erscheint[27]). Der Inhalt der Stipulation bezieht sich nicht allein auf die Ratihabition des Geschäftsherrn,

---

14) L. 9. D. 46. 8.
15) L. 20. D. 46. 8. L. 39. §. 3. D. 39. 2. L. 40. §. 1. D. 3. 3.
16) L. 5. §. 18. D. de operis novi nunciat. (39. 1.)
17) L. 20. D. 46. 8.
18) L. 43. §. 3. D. 3. 3.
19) L. 43. §. 3. D. 3. 3.
20) L. 10—12. D. 46. 8.
21) L. 15. §. 1. D. 3. 3.
22) L. 40. §. 2. D. 3. 3.
22a) L. 39. §. 5. D. 3. 3.
23) L. 6. D. 46. 8. L. 39. §. 7. D. 3. 3.
24) L. 39. §. 6. D. 3. 3. In diesem Falle wird die cautio de rato mit der cautio iudicatum solvi verbunden.
25) L. 8. pr. D. 46. 8. L. 23. D. ibid. etc.
26) L. 40. §. 3. D. 3. 3.
27) L. 22. §. 8. D. 46. 8. L. 8. pr. D. ibid. L. 40. §. 2. D. 3. 3.

seiner Erben und Aller, welche überhaupt die Sache betrifft (ad quem ea res pertinebit)[28]), sondern auch darauf, daß die im jetzigen Prozesse verlangte Sache nicht noch einmal verlangt werden werde (amplius non peti)[29]); auch die doli mali clausula wurde öfters hinzugefügt[30]). In die Stipulation wird nicht eine bestimmte Geldsumme[31]), sondern die Worte: quanti ea res est, tantam pecuniam dari eingesetzt[32]), welche man auf das id quod interest desjenigen, dem die Caution geleistet wurde, deutete[33]).

Die Wirkung der Stipulation ist die gewöhnliche. Mithin entsteht aus derselben für denjenigen, zu dessen Gunsten sie geleistet worden ist, das Recht zur Klage gegen den Promittenten und die Bürgen. Diese Wirkung ist aber dauernd, und es kann mithin, wenn die Stipulation zum Theil committirt worden ist, auch aus dem anderen Theile derselben anderweitig geklagt werden[34]), was namentlich dann stattfindet, wenn die versprochene Ratihabition des Geschäftes nur theilweise erfolgt. Doch wird es nicht als verweigerte Ratihabition betrachtet, wenn der Geschäftsherr aus einem anderen Grunde nachklagt[35]), oder wenn ein falsus procurator die Klage anstellt[36]), oder wenn der Geschäftsherr gegen das seinem Procurator ungünstige Urtheil das Rechtsmittel der Appellation ergreift[37]). Dagegen findet die volle Wirkung der Stipulation statt, wenn der Geschäftsherr aus demselben Grunde compensirt oder nachklagt[38]), oder einen Dritten verklagt, welchen er nicht verklagen könnte, falls die Ratihabition erfolgt wäre[39]), oder, wenn ein Dritter nachklagt, welcher das Klagerecht nach erfolgter Ratihabition des Geschäftsherrn nicht gehabt hätte[40]). Falls die Stipulation in einem Prozesse über den status geleistet wird, und der Geschäftsherr demohngeachtet nachklagt, so kann die ex stipulatu actio erst angestellt werden, wenn der letzte Prozeß gegen den Stipulator ungünstig ausgefallen ist[41]). Besondere Grundsätze gelten bei außergerichtlichen Zahlungen, welche an den Procurator gegen Cautionsleistung gemacht werden. Verweigert hier der Geschäftsherr die Caution, so ist zu unterscheiden, ob die gemachte Zahlung auf eine wirkliche Schuld gemacht worden ist, oder nicht. Im ersten Falle tritt die

---

28) L. 14. D. 46. 8. L. 16. §. 1. L. 18. L. 22. §. 7. L. 3. pr. D. ibid. L. 33. §. 3. D. 3. 3. L. 39. §. 1 u. 2. D. ibid.
29) L. 23. D. 46. 8. L. 14. u. L. 15. D. ibid.
30) L. 22. §. 7. D. 46. 8.
31) L. 2. §. 2. D. 46. 5.
32) L. 3. pr. D. 46. 8. L. 8. §. 2. D. ibid.
33) L. 8. §. 2. D. 46. 8. L. 2. L. 18. L. 4. L. 13. u. L. 19. D. ibid.
34) L. 18. D. 46. 8.
35) L. 8. pr. D. 46. 8.
36) L. 23. D. 46. 8.
37) L. 3. §. 1. D. 46. 8.
38) L. 22. §. 8. D. 46. 8. L. 12. §. 3. D. ibid.
39) L. 1. D. 46. 8. L. 14. D. ibid.
40) L. 16. §. 1. D. 46. 8.
41) L. 8. §. 2. D. 46. 8.

Caution sofort in Wirkung, natürlich nach Verhältniß der geleisteten Zahlung, selbst dann, wenn der Geschäftsherr den späteren Prozeß verloren hat[42]). Im letzten Falle kann sogleich die ex stipulatu actio angestellt werden, um die Ratihabition zu erzwingen, damit man nämlich gleich sehen könne, ob man die condictio indebiti gegen den Geschäftsherrn anzustellen habe oder nicht[43]).

Was den heutigen Gebrauch der Caution anbelangt, so läßt sich nicht in Abrede stellen, daß sie keineswegs durch gesetzliche Verfügung aufgehoben worden ist. Daß sie noch im neuesten Rechte Justinian's fortdauert, bezeugen die Justinianischen Institutionen; doch wird sie dem Tutor und Curator in der Regel, ausnahmsweise auch dem Procurator erlassen, nämlich dem praesentis procurator und dem procurator apud acta constitutus[44]), und im Falle der Kläger den Gegner im Prozesse von dem zum Behufe der Prozeßführung dem Procurator ertheilten Auftrage in Kenntniß gesetzt hat[45]). Und diese Ausnahmen hängen mit der allgemeinen Prozeßregel zusammen, daß Niemand ohne speciellen Auftrag, selbst nach der Litiscontestation, transigiren, auch nicht Zahlung annehmen kann[46]). Auch das canonische Recht hat an diesen Grundsätzen nichts geändert. Gleichwohl haben schon nach dem Vorgange der Glossatoren die älteren Prozeßlehrer den Grundsatz anerkannt, daß heutzutage das vollständigste Repräsentationsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Procurator begründet sei, und daß mithin Handlungen, welche dieser im Auftrage jenes vornimmt, den Letzteren auch in Bezug auf den Gegner im Prozeß binden[47]). Nimmt man hierzu noch die allgemein anerkannte Prozeßregel, daß auch für den Kläger kein Stellvertreter ohne Vollmacht zugelassen wird, so hat man die Gründe, welche das Seltnerwerden der Caution im heutigen Prozesse herbeigeführt haben. Im gemeinen Prozesse kommt sie daher nur noch in dem Falle vor, wenn die Vollmacht, also auch das ganze Repräsentationsverhältniß selbst, und die Giltigkeit des ganzen Verfahrens ungewiß ist[48]), und auch hier erscheint sie wirkungslos, wenn die Einwilligung des Geschäftsherrn nachgebracht wird[49]).

Heimbach.

Cession[1]). Es giebt Rechte, welche von der Person des Berechtigten nur dadurch zu trennen sind, daß sie selbst aufhören, die

---

42) L. 22. §. 1 u. 6. D. 46. 8. L. 8. §. 1. D. ibid.

43) L. 16. pr. L. 22. pr. D. 46. 8.

44) §. 3. J. 4. 11. Beide Fälle werden im Justinianischen Rechte auf gleiche Linie gestellt. L. un. C. 2. 57. Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 201—203.

45) L. 65. D. 3. 3.

46) L. 13. pr. D. de pactis. (3. 14.) L. 73. D. 3. 3. L. 86. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 7. C. de transactionibus. (2. 4.) Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 158.

47) Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 241—243.

48) Vergl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 244.

49) Arg. L. 56. D. 5. 1.

1) Das bedeutendste Werk über diese Materie ist C. F. Mühlenbruch,

also einem Wechsel des Berechtigten nicht unterworfen, die nicht übertragbar sind. Zu diesen Rechten gehören die Obligationen. Die Obligatio ist mit der Person des Gläubigers und des Schuldners so verbunden, daß dieser Gläubiger, dieser Schuldner nicht aufhören kann, es zu sein, ohne daß die Obligatio selbst zerstört wird. Dieser Umstand hindert nicht, daß die zu einem Vermögen gehörigen Obligationen mit dem gesammten Vermögen an den übergehen, der in die universitas iurium eintritt, an den Universalsuccessor, z. B. den Erben. Denn mit der Gesammtheit des Vermögens geht auf den Erben zugleich die Persönlichkeit des Erblassers über, er repräsentirt dessen Person; wenn von dem Erben oder gegen ihn eine Obligatio des Erblassers geltend gemacht wird, so ist es noch immer dieselbe Person, welche das Subject der Obligatio ist, der Erbe ist Gläubiger und Schuldner, insofern er die Person des Erblassers in sich trägt und vertritt. Aber nicht, wie wir Eigenthum für sich an einen Anderen übertragen können, so daß er ganz dasselbe Recht hat, welches wir bisher hatten, können wir auch unsere Eigenschaft als Gläubiger oder Schuldner, also eine Obligatio für sich, auf einen Anderen übertragen, es findet keine Singularsuccession in Obligationen statt[2]). Daher bewirkt die Delegation, das Rechtsgeschäft, wodurch an die Stelle des bisherigen ein anderer Gläubiger oder Schuldner gesetzt werden, der bisherige aufhören soll, es zu sein, eine Aufhebung der Obligatio; es ist eine neue Obligatio, in welcher der durch Delegation Gläubiger oder Schuldner Gewordene steht, es ist nicht die alte, die nur auf ihn übergegangen, bei der also nur ein Wechsel der Subjecte desselben fortdauernden Rechtsverhältnisses eingetreten wäre.

Nun hat sich aber das Bedürfniß fühlbar gemacht, eine Uebertragung von Forderungen irgendwie, wenigstens dem Effect nach, möglich zu machen. Vor Allem wird es im Allgemeinen unzulässig erscheinen, von einem einigermaßen lebhaften Verkehr diese wichtigen Gegenstände des Vermögens, die Werthe, die in Forderungen liegen, auszuschließen, und den Verkehr auf Sachen zu beschränken, so daß ein Gläubiger, um den Werth seiner Forderung zu einem Tausch- oder Zahlungsmittel zu machen, stets genöthigt wäre, die Forderung von seinem Schuldner beizutreiben, eine Nothwendigkeit, die weder für die Gläubiger noch für die Schuldner erwünscht sein könnte. Sodann aber ist es ein anderer Grundsatz des Obligationenrechts, welcher jene Möglichkeit zum Bedürfniß macht. Wir sind oft in dem Falle, Verträge, durch die wir Gläubiger werden sollen, von Bevollmächtigten abschlie-

---

die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817, 3. Ausg. 1836. Aeltere Monographien (abgesehen von bloßen Dissertationen) sind: Jo. a Sande de actionum cessione, 1623, zuletzt 1721. Alph. de Olea tr. de cessione iur. et actionum, 1651, zuletzt 1723. Ch. Lenz de nomin. et action. cessis, 1651. Jo. Brunnemann de cessione actionum et versur., 1662, zuletzt 1707.

2) L. 25. §. 2. D. de usufr. (7. 1.) — non solet stipulatio semel quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem. —

ßen zu lassen. Nun kann aber der Bevollmächtigte durch den von ihm abgeschlossenen Vertrag nicht unmittelbar seinen Mandanten zum Gläubiger machen: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus[3]). Wenn nun hiernach der Bevollmächtigte zunächst und unmittelbar Gläubiger wird (und dieß ist nicht etwa blos eine Subtilität des römischen ius civile, sondern so sehr in der Natur der Obligationen gegründet, daß es nicht ohne Gefahr mannigfacher Rechtsverwirrung anders sein könnte), so muß es einen Weg geben, auf welchem die Forderung der Absicht der Parteien gemäß auf den Mandanten übergehen kann, dieser also an die Stelle seines Bevollmächtigten tritt.

Die Delegation reicht für dieses Bedürfniß nicht aus; theils fordert sie immer die Zustimmung des Schuldners und einen Contract des Delegatarius mit diesem, und ist schon deshalb entweder unbequem, oder je nach den Umständen auch wohl unthunlich, theils geht dadurch die bisherige Forderung unter, welche zu erhalten, auch wegen besonderer damit verknüpfter Vortheile, wünschenswerth sein kann. Es mußte daher ein anderes Auskunftsmittel gefunden werden, welches, indem es auf der einen Seite die Obligatio, und mithin auch den bisherigen Gläubiger stehen läßt, doch auf der anderen Seite den, auf welchen die Forderung übergehen soll, factisch an seine Stelle setzt, und ihm wesentlich dasselbe gewährt, wie wenn er Gläubiger wäre. Dieses Auskunftsmittel bietet der Umstand dar, daß wir Klagen, die uns zustehen, nicht blos selbst anstellen, sondern auch einen Anderen damit beauftragen können, daß also eine Stellvertretung im Prozesse möglich ist. Der Gläubiger nun, der seine Forderung an einen Anderen veräußern will, kann dieß dadurch bewirken, daß er ihm die Ausübung, die Geltendmachung derselben, durch Vollmacht überträgt, ihn zum procurator macht, nur mit dem Unterschiede von einem gewöhnlichen Procurator, daß derselbe die Forderung für seine eigne Rechnung geltend macht, das, was er dadurch empfängt, behält, und überhaupt gegenüber dem veräußernden Gläubiger die Stellung einnimmt, als wäre nicht dieser, sondern er der Procurator, Gläubiger. Darum wird er von den Römern procurator in rem suam genannt (heutzutage gewöhnlich Cessionar), und die Handlung selbst: procuratorem in rem suam facere, oder actiones mandare, actiones praestare, actiones cedere. Dieses Cediren ist nicht blos bei persönlichen, sondern auch bei dinglichen Klagen möglich, ferner kann nicht blos der Gläubiger, sondern auch der Schuldner einen procurator in rem suam aufstellen[4]), d. h. es kann Jemand für ihn den Prozeß auf eigne

---

3) L. 11. D. de O. et A. (44. 7.)
4) L. 10. §. 12. D. mand. (17. 1.) L. 66. §. 2. D. de eviction. (21. 2.)

Rechnung übernehmen, so daß er das, wozu er condemnirt werden würde, selbst zu tragen hat. Diese Fälle beruhen auf denselben Grundsätzen; wir aber haben es hier zunächst mit der Cession von Forderungen zu thun. — Manche haben die Möglichkeit der Cession auf klagbare Forderungen beschränken wollen, allein ohne Grund[5]); da der Cessionar eine klagbare Forderung gewiß nicht blos mit der Klage, sondern vorkommenden Falls auch mit einer Einrede geltend machen kann, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch eine blos mit einer Einrede geltend zu machende Forderung, eine naturalis obligatio, sollte cedirt werden können.

Aus dem Bisherigen ergeben sich der Begriff und die leitenden Grundsätze der Cession. Cession der Forderung ist die Uebertragung der Ausübung derselben für eigne Rechnung des Cessionars. Der Cessionar ist 1) procurator, Stellvertreter des Gläubigers; er ist durch die Cession nicht selbst Gläubiger, dieses bleibt vielmehr der Cedent. Er macht eine fremde Forderung geltend, die Cession ist nicht Uebertragung des Forderungsrechts. Dieß ist das erste leitende Princip dieser Lehre, welches die früheren Bearbeiter meistens verkannt haben, und durch dessen Hervorhebung und (wenigstens größtentheils gelungene) Durchführung sich Mühlenbruch ein entschiedenes Verdienst um diese Lehre erworben hat. Der Cessionar unterscheidet sich aber 2) von einem gewöhnlichen Procurator in seinem Verhältniß zum Cedenten. Als Procurator für eigne Rechnung, in rem suam, hat er ein selbstständiges Recht auf die Geltendmachung der fremden Forderung, denn der Cedent hat die Befugniß dazu an ihn veräußert. Daher ist er nicht, wie ein sonstiger Mandatar, abhängig von dem Willen des Mandanten[6]). Und dieser Umstand ist auch nicht ohne Einfluß auf seine Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner geblieben. — Diese beiden Principien enthalten den Keim für das gesammte Recht der Cession.

Wie geschieht die Cession? Es ist der Grund, auf dem sie beruht, und der Act, durch welchen sie vor sich geht, zu unterscheiden. Ihrem Grunde nach ist die Cession 1) voluntaria, wenn sie auf dem freien Willen des Cedenten beruht, ihre iusta causa also in einem Rechtsgeschäfte, welches diese Absicht hat, besteht. Rechtsgeschäfte verschiedenster Art, deren Absicht auf eine Veräußerung gerichtet ist, können die iusta causa der Cession bilden: Schenkung, Tausch, Kauf (Forderungskauf), Verpfändung, datio in solutum etc. Von diesen Rechtsgeschäften gelten im Allgemeinen dieselben Erfordernisse, die bei ihnen vorausgesetzt werden, wenn sie auf die Veräußerung anderer Rechte gerichtet sind. So wenn der Cession eine Schenkung zu Grunde liegt und der Gegenstand der Forderung 500 solidi übersteigt, das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation; ferner das der Zustimmung des Vormunds, und auch des richterlichen Decrets, wenn der Cedent un-

---

5) Mühlenbruch a. a. O. S. 252 flg.
6) L. 55. D. de procur. (3. 3.)

ter Vormundschaft steht[7]). 2) Necessaria heißt die Cession, wenn der Cedent zur Cession verpflichtet ist ohne seinen Willen, also unabhängig davon, ob er sich dazu verpflichten wollte oder nicht. Er ist hier verpflichtet durch ein obligatorisches Verhältniß, welches diesen Inhalt hat, wenngleich es entweder überhaupt nicht mit seinem Willen, oder wenigstens nicht in dieser directen Absicht entstanden ist, so daß es also die Verpflichtung zur Cession zu seiner unwillkürlichen Folge hat. Dahin gehört z. B., daß die Verbindlichkeit, das commodum rei herauszugeben, auch die zur Cession der Klagen enthält, welche dem Verpflichteten der Besitz der Sache verschafft hat, ferner daß der Gläubiger zur Cession seiner Klagen verpflichtet ist, wenn er von einem correus debendi befriedigt wird, ferner daß der Mandatar die Klagen dem Mandanten cediren muß, die er in seiner Eigenschaft als Mandatar für denselben erworben hat u. s. f.[8]).

Die Cession selbst aber geschieht 1) und regelmäßig in derselben Weise, wie überhaupt ein Procurator bestellt wird, also durch Mandat. Eine Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich, auch nicht Benachrichtigung desselben; diese letztere gibt der Cession gewisse weitere Wirkungen (s. unten), aber sie ist nicht nöthig, um dem Cessionar die Rechte, welche unmittelbare Folgen der Cession sind, zu verschaffen. Das Mandat ist, schon nach römischem Rechte, ein Contract, der keiner besondern Form bedarf, der vielmehr blos auf dem irgendwie erklärten Consensus beruht; der Wille des Cedenten, daß der Andere befugt sein solle, die Forderung geltend zu machen, kann daher auch stillschweigend erklärt werden. Das Mandat, wodurch die Cession selbst geschieht, liegt mithin schon in dem Rechtsgeschäfte, welches den Grund der Cession bildet, sofern die Absicht auf eine sofortige Ausführung seines Zweckes gerichtet war[9]). Diese Absicht entscheidet allein über die Existenz des in dem Rechtsgeschäfte liegenden Mandates, und somit des Actes der Cession. Es ist bestritten, ob der Grundsatz, daß durch die Tradition in Folge eines Kaufvertrages das Eigenthum nur übergehe, wenn der Verkäufer den Kaufpreis empfangen oder creditirt hat, auch auf den Forderungskauf anzuwenden sei, so daß die Eigenschaft des Käufers als wirklichen Cessionars von der Bezahlung oder Creditirung des Preises abhinge.

---

7) Diese Erfordernisse sind Erfordernisse der iusta causa, nicht des Actes der Cession (wie Mühlenbruch a. a. O. S. 452 flg. die Sache irrig darstellt), der indessen freilich mit der iusta causa gewöhnlich zusammenfällt. Siehe nachher.

8) Eine Zusammenstellung der einzelnen Fälle s. z. B. bei Mühlenbruch a. a. O. S. 402 flg. In die Lehre von der Cession gehört sie so wenig, als die Theorie der Rechtsgeschäfte, auf welchen die cessio voluntaria beruht.

9) Es ist ein Irrthum, wenn Mühlenbruch dieß nur als einen Satz des neueren geltenden Rechtes aufstellt, und für das römische Recht (oder wenigstens das ältere römische Recht) von einer besonderen Mandatsform spricht, die hätte beobachtet werden müssen. Eine solche Mandatsform in diesem Sinne existirt nicht.

Mühlenbruch leugnet dieß[10]), nicht ganz mit Unrecht, aber doch auch nicht ohne Irrthum. Die Sache steht so. Der Sinn jenes Rechtssatzes ist folgender: das was die Tradition zur Eigenthumsübertragung macht, ist der Wille des Tradenten Eigenthum (also nicht etwa blos — für jetzt wenigstens — Besitz) zu übertragen. Diese Absicht soll nicht vermuthet werden, wenn der Verkäufer nicht wegen des Preises befriedigt worden ist, es muß also in diesem Falle nachgewiesen werden, daß er dessenungeachtet die Absicht der sofortigen Eigenthumsübertragung gehabt, das heißt eben, daß er den Preis creditirt hat. Hier hingegen, bei der Cession, handelt es sich nicht um einen Act, den man (wie die Tradition) so oder so interpretiren, dem man diese oder jene Wirkung beilegen könnte. Bildet das Mandat einen von dem Kaufcontracte äußerlich getrennten Act, so kann ihm nur die Absicht der sofortigen Cession untergelegt werden, wenn nicht die Zahlung des Preises als Suspensivbedingung beigefügt ist, es findet also jener Grundsatz keine Anwendung. Ist aber kein abgesondertes ausdrückliches Mandat geschlossen, so fragt sich nur, ob ein stillschweigendes in der Abschließung des Kaufes liegt, also die Absicht der sofortigen Cession vorhanden war. Diese Absicht wird ohne Zweifel anzunehmen sein, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditirt ist; ist dieß nicht geschehen, so werden wir im Zweifel die wirkliche Cession nicht in den Kaufvertrag legen können, und wir kommen so auf ein ähnliches Resultat, wie bei jenem Grundsatz über das Eigenthum, ungeachtet es ganz richtig ist, daß sich unser Fall nicht unmittelbar unter jene Regel stellen läßt. — Die Vorschrift einer besonderen Form für die Cession liegt nicht darin, daß die Gesetze eine solche bestimmte Form für die Vollmacht eines gewöhnlichen Procurators vorschreiben; eine solche Vorschrift ist nicht auf die procuratores in rem suam zu beziehen. Von der Meinung endlich, daß der Act der Cession in der Tradition des Schuldscheins bestehe, ist man längst zurückgekommen. — 2) Die Cession kann aber auch ohne Mandat vor sich gehen, indem die Klage, deren Cession Jemand zu fordern berechtigt ist, ihm als utilis actio gegeben wird (was man gesetzliche Cession, cessio legis, genannt hat). Dieß tritt überall ein, wo eine Verpflichtung zur Cession wirklich vorhanden ist, und der Verpflichtete den Act der Cession nicht vornehmen kann oder will, sowohl bei der cessio voluntaria (wenn das Rechtsgeschäft nicht mit der Absicht sofortiger Cession geschlossen ist, also das Mandat selbst noch nicht enthält), als bei der cessio necessaria. Nach dem neueren Rechte findet keine besondere Verleihung der utilis actio durch die Behörde mehr statt, die utilis actio steht ipso iure dem zu, der Anspruch auf die Cession hat, sowie die Zeit der Geltendmachung dieses Anspruchs gekommen ist. Gründet sich indessen dieser Anspruch auf das beneficium cedendarum actionum, wonach der, welcher für eine fremde Schuld haftet, wenn er sie bezahlt, dagegen die Cession der Klage von dem Gläubiger fordern kann, so muß der Berechtigte,

10) Mühlenbruch a. a. O. S. 456.

und zwar vor der Zahlung sich erklärt haben, daß er von dem Beneficium Gebrauch machen wolle[11]). Hat er dieß gethan, so ist die Cession als geschehen zu betrachten, es steht ihm die utilis actio zu, auch wenn der zur Cession verpflichtete Gläubiger sich nicht, weder ausdrücklich noch stillschweigend, darüber erklärt hätte.

Wenn nun das Mittel der Cession einen Verkehr mit Forderungen im Allgemeinen möglich gemacht hat, so ist doch auf der anderen Seite diese Uebertragung von Forderungen nicht ohne gewisse Einschränkungen gestattet worden. Vor Allem müssen von diesen Beschränkungen die ausgeschieden werden, welche durch den Begriff der Cession selbst gegeben sind, die also nicht, wie gewöhnlich (auch von Mühlenbruch) geschieht, unter die eigentlichen Einschränkungen der Cession gerechnet werden können. Gegenstand der Cession sind nämlich nur die Forderungen (actiones), nicht die obligatorischen Verhältnisse, aus denen sie entspringen. So entspringt die Darlehensforderung aus dem obligatorischen Verhältniß zwischen dem Darlehensgeber und Empfänger; im Fall einer Cession ist es nicht das letztere, welches cedirt wird (Cession eines Verhältnisses würde keinen Sinn haben), sondern die Forderung, der active Theil der Obligation. Dieß tritt besonders klar hervor bei gegenseitigen Obligationen, wo das Verhältniß wesentlich Forderungen und Verbindlichkeiten auf beiden Seiten enthält; hier kann jede Partei ihre Forderung, der Käufer z. B. die actio emti, der Verkäufer die actio venditi cediren, nicht aber das Verhältniß, seine Stellung in der Obligation, denn dieß würde eine Cession von Verbindlichkeiten involviren, die natürlich undenkbar ist. Endlich aber ist jene Bemerkung vornämlich wichtig bei solchen obligatorischen Verhältnissen, die eine dauernde Quelle einzelner Forderungen sind, wie das Societätsverhältniß, das Miethverhältniß, das Mandatsverhältniß. Der Socius kann seine Forderungen aus der Societät, der Mandant oder Mandatar die aus dem Mandatsverhältniß cediren, wie andere Forderungen, aber er kann nicht einen Anderen durch Cession in seine Stelle als Socius, als Mandant ꝛc. einsetzen, und dieß ist nicht die Folge einer besonderen Einschränkung der Cessionen, sondern der Begriff der Cession selbst erstreckt sich nicht darauf[12]). Daher ist denn auch die Sublocation und die Substitution eines Aftermandatars durchaus nicht unter den Begriff einer Cession zu bringen, wiewohl in Folge dieser Geschäfte eine Cession eintreten kann, indem der Conductor oder Mandatar Forderungen, die er aus seinem eignen Verhältnisse zu dem ersten Locator oder Mandanten hat, seinem Subconductor oder Aftermandatar cedirt. Deshalb, weil die Cession sich nur auf die Forderung, nicht auf den Grund derselben bezieht, ist der Grund einer Forderung an sich gleichgiltig für ihre Cessibilität, es können eben so gut Forderungen aus Delicten als aus Contracten cedirt werden, und daß der Anspruch aus einem un-

11) L. 76. D. de solut. (46. 3.)

12) So ist auch die Alimentenberechtigung kein Gegenstand der Cession, eine daraus entstandene Forderung aber, so weit sie von dem Anspruch auf Alimente überhaupt getrennt gedacht wird und werden kann, ist cessibel.

übertragbaren Beneficium oder Privilegium entstanden ist, schließt die Cession nicht aus, eben weil es nicht der Grund der Forderung ist, welcher cedirt wird[13]).

Sodann ist aber auch die Cession von Forderungen in gewissen Fällen nicht möglich aus Gründen, welche in der sonstigen Natur der Cession liegen. Daraus, daß der Cessionar durch die Cession das Recht erhalten soll, die Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen, folgt, daß eine Forderung gegen den Vater nicht an den in seiner Gewalt befindlichen Sohn cedirt werden kann[14]), weil zwischen dem Gewalthaber und dem subiectus kein Rechtsstreit möglich ist[15]). Dieser Grund steht auch der Cession einer Forderung gegen den Sohn an den Vater entgegen[16]), er fällt aber weg, wenn die Cession unter solchen Umständen geschieht, daß sie als Constituirung oder Vermehrung der bona castrensia vel quasi castrensia des Sohnes zu betrachten ist, und auf Seiten des Vaters, wenn die ihm cedirte Forderung als ein Passivum solcher Güter erscheint. Ferner kann für die Anstellung einer Popularklage kein Procurator bestellt werden[17]), weil Jeder aus dem Volke schon aus eignem Rechte dazu befugt ist, und also diese Befugniß nicht erst durch das Mandat eines Anderen, der nicht ausschließlich berechtigt ist, erhalten kann. Dieß gilt natürlich auch von der Aufstellung eines procurator in rem suam. Sodann gibt es Forderungen, deren Wesen verändert werden würde, wenn sie ein Anderer als der eigentliche Gläubiger für seine Rechnung geltend machte. Dahin gehören die, bei welchen die Leistung nur an den Gläubiger selbst geschehen kann, wenn sie nicht eine andere werden soll. Dieß ist der Fall bei der Leistung von Diensten, auf deren Qualität und Quantität die Beschaffenheit der Person, welcher sie geleistet werden, Einfluß hat; dieselbe Bewandtniß kann es auch möglicherweise und unter gewissen Umständen mit den einzelnen Leistungen, aus welchen Alimente bestehen, haben (vgl. Note 12); ferner bei der Forderung auf Bestellung einer Personalservitut (die Cession der Forderung auf Bestellung einer Realservitut ist möglich, wenn dem Cessionar das Eigenthum des Grundstücks, für welches die Servitut bestimmt ist, übertragen wird); endlich bei den Forderungen, die eine gewisse persönliche Qualität dessen, der sie für sich geltend macht, voraussetzen, wie die Retractsrechte[18]); mit jener Qualität hat man die Forderung schon aus eignem

---

13) Z. B. das auxilium in integrum restitutionis, L. 24. pr. D. de minor. (4. 4.)

14) L. 7. D. de O. et A. (44. 7.)

15) L. 4. D. de iudic. (5. 1.)

16) Man kann sich dagegen nicht darauf berufen, daß der Vater Forderungen gegen den Sohn gegenüber den Gläubigern, welche mit der actio de peculio auftreten, geltend machen kann (wie umgekehrt die Gläubiger Forderungen des Sohnes gegen den Vater), denn hier handelt es sich nur um die Herstellung der Größe des peculium a patre concessum.

17) L. 5. D. de popul. act. (47. 23.)

18) S. Mühlenbruch a. a. O. S. 323—329.

Rechte (die Handlung, wodurch ein etwaiger Vorgänger dem Nachfolger Platz macht, ist ein bloßer Verzicht, nicht eine Cession an diesen), ohne dieselbe aber kann man die Forderung auch nicht durch Cession erhalten. Endlich liegt es ebenso in der Natur der Sache, daß die sogenannten actiones vindictam spirantes nicht cedirt werden können. Mit diesen Klagen wird eine Kränkung des Gemüths geahndet, das was damit erreicht wird, soll dem Gefühle des Gekränkten eine Satisfaction sein; wer sie aus einem anderen Gesichtspunkte, namentlich als Erwerbsmittel betrachtete, würde die Natur der Forderung selbst, und zwar auf eine ihn beschimpfende Weise ändern. Nun können aber diese Klagen nur für den Gekränkten jenen ihren wahren Charakter, für den Cessionar würden sie nur den letzteren, unzulässigen haben; und so ist aus demselben Grunde, aus dem sie nicht zum Vermögen gerechnet werden, auch zu behaupten, daß sie nicht cedirt werden können[19]).

Aus der Natur der Cession ist auch die Frage zu beantworten, inwiefern accessorische Forderungen cedirt werden können, wie namentlich die gegen den Bürgen. Die Verbürgung ist von doppelter Art, fideiussio (womit nach heutigem Rechte das constitutum debiti alieni zusammenfällt) und mandatum[20]). Die letztere ist nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen, das Verhältniß also, wonach der Mandant dem Mandatar aus dem sogenannten mandatum qualificatum haftet, ist nicht cessibel, wohl aber kann die durch dasselbe begründete und schon entstandene actio mandati cedirt werden, wie andere Forderungen auf Schadloshaltung auch. Was aber den fideiussor anlangt, so hat dieser als Nebenschuldner die Verbindlichkeit des Hauptschuldners übernommen, seine Leistung, die mit der Klage aus der Bürgschaft gefordert wird, besteht darin, daß er die Schuld des Hauptschuldners zahle. Eine Cession der Forderung gegen den Bürgen ist also nur möglich, insofern an den Cessionar die Hauptschuld bezahlt werden kann, also wenn ihm auch die Hauptforderung insoweit wenigstens cedirt ist, als sie in der gegen den Bürgen zugleich geltend gemacht wird. Dieß ist denn auch als die stillschweigende Intention bei der Cession der Klage gegen den Bürgen anzunehmen; eine Befugniß zur abgesonderten Geltendmachung gegen den Hauptschuldner ist darum noch keineswegs gegeben. Aehnlich verhält es sich mit der Cession der hypothekarischen Klage. Das Pfand haftet nur für die Forderung, für welche es bestellt ist; jene Cession kann daher nicht die Wirkung ha-

---

19) Man hat früher diese Fälle unter die Regel zusammenfassen wollen: quae non sunt transmissibilia ad heredes, non sunt cessibilia, die man auch wohl positiv gefaßt hat: quod est transmissibile, id est cessibile. Dagegen ist mit Recht bemerkt worden, daß zwischen Erbfolge und Cession nicht der innere Zusammenhang bestehe, welcher die Anwendung der Principien jener auf diese gestatte. Es können Forderungen gleichmäßig nichttransmissibel und nichtcessibel sein, ohne daß sie das Letztere wären, weil sie das Erstere sind. Cocceius de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra, Disp. II. 65.

20) S. G. F. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, §. 364.

ben, daß es nunmehr für die eigne Forderung des Cessionars hafte. Der Cessionar fordert und sucht mit der actio hypothecaria die Befriedigung der Forderung des Cedenten, diese ist es, die er in der Pfandklage geltend macht, und die durch die Ausübung des Pfandrechtes befriedigt wird; die Summe, welche der Cessionar dadurch erhält, verwendet er sodann vermöge seines Verhältnisses zu dem Cedenten zur Tilgung seiner eignen Forderung.

Die Beschränkungen der Cession, welche weder durch den Begriff noch durch die Natur derselben unmittelbar gegeben, die also mehr willkürlicher Art sind, haben folgende gemeinsame Veranlassung. Die Cession geschieht einseitig von dem Gläubiger, die Zustimmung des Schuldners ist auf keine Weise dazu erforderlich. Es soll sich denn auch für diesen nichts dadurch ändern, sein Verhältniß bleibt unangetastet, er wechselt den Gläubiger nicht, die ganze Beschaffenheit des Instituts ist darauf berechnet, daß seine Lage nicht dadurch verschlimmert werde. Nun ist aber die Möglichkeit einer solchen Verschlimmerung innerhalb der dem Institut durch seine rechtliche Natur gezogenen Grenzen nicht schlechterdings ausgeschlossen; hier haben die Gesetzgeber nachzuhelfen und durch besondere Vorschriften die nachtheiligen Auswüchse abzuschneiden gesucht, welche nicht schon durch die in dem Charakter der Cession selbst liegenden Schranken abgehalten werden. Diese gesetzlichen Beschränkungen sind folgende.

1) Die Cession der Forderungen gegen bevormundete Personen an die Vormünder derselben ist verboten[21]). Jene Schuldner sollen dadurch gegen die Möglichkeit einer ihnen gefährlichen Anwendung der vormundschaftlichen Macht, wie z. B. des Beiseiteschaffens von Vertheidigungsmitteln gegen den Anspruch von Seiten der Vormünder, gesichert werden, daher denn auch der Gesetzgeber sein Verbot auf gewesene Vormünder erstreckt. Man nimmt hier Forderungen aus, welche erst später entstanden sind[22]), doch ist dieß nur dann zulässig, wenn es schlechterdings undenkbar ist, daß die Kenntniß des ehemaligen Vormundes von den Angelegenheiten des Schuldners einen nachtheiligen Einfluß auf diesen in dem vorliegenden Falle äußere. Mutter und Großmutter will man ohne genügenden Grund von der Vorschrift des Gesetzes eximiren; ebensowenig ist aber auch die Ausdehnung desselben auf die Administratoren juristischer Personen juristisch zu rechtfertigen. Eine gegen das Gesetz geschehene Cession ist nicht blos für nichtig erklärt, sondern die Forderung wird zu Gunsten des Schuldners aufgehoben. Viele behaupten, es bleibe eine naturalis obligatio zurück, insoweit wenigstens, daß der aus Irrthum zahlende Schuldner das Gezahlte nicht zurückfordern könne[23]). Das Gesetz enthält nichts davon, vielmehr sagt es schlechterdings, der Mündel solle die Forderung lucriren. Man hat sich also nur auf die Regel berufen können: si poenae causa

---

21) Nov. 72. c. 5.
22) Mühlenbruch a. a. O. S. 392.
23) Mühlenbruch S. 393.

eius, cui debetur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio manet[24]); aber wenn auch die durchgängige Anwendung dieser von Pomponius und Marcian gegebenen Bestimmung auf die Vorschriften späterer Gesetze so unbedenklich wäre, als sie es in der That nicht ist, so würde doch ihre Anwendbarkeit für unseren Fall, auf den sie wörtlich nicht einmal paßt, höchst zweifelhaft sein.

2) Das Verbot der Veräußerung litigioser Sachen haben die Kaiser auch auf litigiose Forderungen ausgedehnt und deren Cession untersagt[25]), ohne Zweifel in der Erwägung, daß dergleichen Cessionen leicht eine den Schuldner gefährdende Absicht zu Grunde liegen könne. Ausgenommen sind Cessionen bei der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, bei einem Vergleich, bei der Erbtheilung und in Folge von Vermächtnissen. Dieses Verbot ist übrigens in Teutschland sehr häufig außer Anwendung gelassen worden, wiewohl es auch an Beispielen der Anwendung nicht fehlt[26]).

3) Die Cession an einen potentior ist verboten[27]), vorausgesetzt, daß sie in der Absicht geschieht, den Schuldner dadurch in eine schlimmere Lage zu versetzen. Das Verbot steht in Zusammenhang mit der Aufgabe, die sich die Gesetzgeber stellten, die Beiziehung einflußreicher Personen in Prozessen, wodurch man dem Gegner oder dem Richter imponiren wollte, auf alle Weise zu verhindern. Um diese Absicht zu erreichen, mußte auch die Cession unter diesen Umständen ausgeschlossen werden, da man sich das Patrocinium eines potentior außerdem allzuleicht unter der Form einer Cession der Klage an ihn hätte verschaffen können. Dessen ungeachtet läßt sich nicht mit mehreren Neueren[28]) behaupten, daß das ganze Verbot nur auf simulirte Cessionen sich beziehe, also eine wirkliche Cession an einen potentior nicht verboten sei. Auch wirkliche Cessionen fallen unter die Bestimmung des Gesetzes[29]), und ebenso läßt sich jene auf Gefährdung des Schuldners gerichtete Absicht, welche der Gesetzgeber als ein Erkaufen des Angesehenen für die Durchsetzung der Forderung bezeichnet[30]), nicht blos bei simulirten Cessionen denken. Es ist ferner bestritten, wie der Begriff eines potentior zu bestimmen sei[31]). Nach dem Inhalt des Verbotes selbst ist der als potentior zu betrachten, durch dessen Stellung, Einfluß und Ansehen der Schuldner bei dem Rechtsstreite über die Forderung in eine nachtheiligere Lage, als

---

24) L. 19. pr. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 40. pr. eod.
25) L. 2—4. C. de litigios. (8. 37.)
26) S. Mühlenbruch S. 388.
27) Tit. C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. (2. 14.)
28) S. Mühlenbruch §. 30.
29) Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, debiti creditores iactura multentur — L. 2. C. h. t.
30) — Qui alios actionum suarum redimunt exactores. Dieses redimere kann durch eine simulirte Cession für einen besonderen Lohn, aber auch durch eine wirkliche gegen einen geringeren Preis geschehen. (Das Gesetz ist älter als das Anastasische.)
31) S. Mühlenbruch S. 378—382.

gegenüber dem Cedenten selbst, kommen, eine Person also, durch deren Vorschiebung der Cedent jene Absicht, die ein wesentliches Erforderniß des Verbotes ist, wirklich erreichen kann. Endlich streitet man auch über die Wirkung des Verbotes. Hier ist so viel gewiß, daß die Cession nichtig ist, und der Cedent überdieß die Forderung verliert. Manche Juristen behaupten aber, dieß geschehe zu Gunsten des Fiscus, der die Forderung überkomme [32]), während die herrschende Ansicht eine Befreiung des Schuldners eintreten läßt. Diese letztere ist die richtige. Denn indem das Gesetz den Verlust der Forderung ohne weiteren Zusatz ausspricht, liegt darin nichts Anderes als die Befreiung des Schuldners. Wer behauptet, daß der Fiscus in die aufgehobene Forderung eintrete, geht über das, was das Gesetz verfügt, hinaus, er behauptet etwas, was dasselbe allenfalls hätte anordnen können, was es aber nicht angeordnet hat, und was wir am allerwenigsten zu Gunsten des Fiscus, contra quem in dubiis casibus respondendum est, stillschweigend voraussetzen dürfen. Dafür spricht denn auch die entschiedene Analogie des Falles unter Nr. 1. Ob übrigens der Cessionar den schon bezahlten Kaufpreis (denn abgefordert kann er ihm nicht werden) von dem Cedenten zurückfordern kann, hängt von den allgemeinen Grundsätzen der condictio ob turpem causam, also davon ab, ob er an dem Dolus des Cedenten Theil genommen hat oder nicht [33]).

4) Auf denselben Rücksichten, wie das vorige, beruht das reichsgesetzliche Verbot der Cession der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen anderen Christen [34]); der Christ wird wie ein potentior betrachtet, durch welchen der Jude die „unbillige auf den armen Christen mit höchsten Beschwerden und unziemlichem Vortheil" erlangte Forderung zu realisiren suche [35]). Die Folge ist dieselbe wie bei der Cession an einen Mächtigeren.

5) Die bedeutendste unter allen diesen gesetzlichen Beschränkungen, wenigstens ihrer Absicht nach, ist die durch ein Gesetz des Kaisers Anastasius eingeführte [36]), nach welchem ein Cessionar, der die Forderung gekauft hat, nicht mehr einklagen soll, als er selbst dafür gegeben hat, auch die Zinsen nur von dieser Summe sollen berechnet werden. Nicht leicht hat ein Gesetz mehr Tadel von unseren Juristen erfahren, theils um seiner Bestimmungen selbst, theils um seiner Fassung und angeblichen Dunkelheit willen. Von dieser letzteren machte man vielfachen Gebrauch, das Gesetz, so viel es geschehen konnte, einzuschränken und dadurch die Nachtheile, die eine allzustricte Befolgung mit sich führen sollte, wenigstens zu vermindern. Selbst Mühlenbruch, der von der Absicht ausgeht, dem Gesetz sein volles Recht widerfahren zu

---

32) So auch Mühlenbruch S. 377 flg.

33) L. 1. §. 2. L. 3. 8. D. de cond. ob turp. c. (12. 5.) L. 5. C. eod. (4. 7.)

34) R.-A. 1551, §. 79. R.-P.-O. 1577, Tit. 20. §. 4. Vergl. Glück, Commentar, XVI. S. 431—433.

35) R.-A. 1551, §. 78.

36) L. 22. C. mand. (4. 35.)

lassen, hat sich von willkürlichen Limitationen nicht gänzlich freigehalten. Die Abschaffung des Gesetzes durch mehrere Particulargesetzgebungen ist als Befreiung von einer unvernünftigen Vorschrift begrüßt worden. Durch eine richtige Einsicht in die eigentliche Absicht des Gesetzgebers wird ein großer Theil jener Vorwürfe und zugleich manche Ungewißheit in der Theorie des Gesetzes sich beseitigen lassen. Man war unter der Regierung des Anastasius zu der Einsicht gekommen, daß durch alle jene Beschränkungen keine hinlängliche Garantie gegen eine den Beklagten gefährdende Anwendung der Cession gegeben sei. Der Handelsverkehr hatte die Forderungen in sein Bereich gezogen, es gab Personen, welche sich ein Gewerbe daraus machten, fremde Forderungen, namentlich solche, deren rechtliche Existenz entweder, oder deren Beitreibung unsicher war, aufzukaufen, um einen Gewinn dadurch zu machen; einen Gewinn, der häufig genug auf Kosten der wirklichen oder angeblichen Schuldner gemacht wurde, welche dadurch einen Gegner erhielten, der ohne als ein potentior betrachtet werden zu können, doch beschwerlicher, importuner und zur Durchsetzung unrechtlicher Ansprüche theils durch Geschäftsübung, theils durch seine Eigenschaft als Cessionar, als welcher er nicht selbst mit dem Schuldner contrahirt zu haben behauptete, geschickter war als der eigentliche Gläubiger. Dieß bewog den Gesetzgeber, die Forderungen aus der Reihe der Gegenstände, mit denen ein eigentlicher Handel zu treiben war, ganz herauszunehmen, den Handel mit Forderungen also auszuschließen. Wie das Verbot der Cession an einen potentior den Cedenten, der seinen wahren oder angeblichen Schuldner durch Vorschiebung eines mächtigeren Gegners bedrücken wollte, im Auge hatte, so hat es das Anastasische Gesetz mit den Cessionaren zu thun, die sich durch Einhandlung fremder Forderungen bereichern wollen, alienis rebus fortunisque inhiantes, wie das Gesetz sagt. Die Absicht des Gesetzes, den eigentlichen Handel mit Forderungen auszuschließen, wurde nun eben durch die Bestimmung erreicht, daß ein Cessionar nur so viel soll einklagen können, als er selbst dafür gegeben hat, eine Bestimmung, die natürlich denen sehr unvernünftig erscheinen muß, welche sich vorstellen, der Gesetzgeber habe den Handel mit Forderungen noch immer gestatten wollen, und also nur aus einer unglaublichen Ungeschicklichkeit eine Satzung aufgestellt, die ihn, wenn sie zur wirklichen Ausführung kommt, unmöglich macht. Damit fallen denn zugleich eine Menge Ausnahmen weg, die man willkürlich, und nur um die eingebildete Widersinnigkeit des Gesetzes zu mildern, gemacht hat (wie z. B. daß das Gesetz auf ungewisse oder unsichere Forderungen keine Anwendung finde), und wodurch man den Forderungshandel, den der Gesetzgeber entfernen wollte, wieder zu schützen suchte. Wenn nun die Anordnung des Gesetzgebers seinem Zwecke ganz gemäß ist, so kann freilich auch noch gefragt werden, ob dieser Zweck selbst ein vernünftiger, ob die Beschränkung des Handelsverkehrs durch die Herausnahme der Forderungen aus seinen Gegenständen zu rechtfertigen sei? Dieß wird von den Umständen abhängen; wir haben keinen Grund zu bezweifeln, daß die damaligen von der Beschaffenheit

waren, daß sie das Gesetz rechtfertigten, und wer Gelegenheit gehabt hat, die nachtheiligen Folgen, welche ein Forderungshandel namentlich in gewissen Kreisen und mit Forderungen, die bei ihrer Contrahirung auf keine Weise dafür bestimmt waren, mit sich führt, zu beobachten, wird schwerlich geneigt sein, zu behaupten, daß diese Umstände heutzutage überall und völlig sich verändert hätten. Wiederum eine andere Frage ist es, ob das Gesetz seine Absicht auch wirklich zu erreichen im Stande ist? In dieser Beziehung zeigt freilich die Erfahrung, daß es leicht genug, namentlich wenn Cedent und Cessionar sich verstehen, umgangen werden kann. Die gröbste Art der Umgehung hat Justinian beseitigt, indem er verordnet[37]), der Cessionar solle sich nicht mit dem Einwand einer theilweisen Schenkung schützen können. Gegen die Möglichkeit aber, sich im Einverständniß mit dem Cedenten einen legalen Beweis der Bezahlung des vollen Werthes, während nur ein Theil desselben wirklich gegeben worden ist, zu verschaffen, hat er kein Mittel aufgefunden. Es ist indessen eine zu gewöhnliche Erscheinung, daß Gesetze nicht über solche Attentate erhaben sind, als daß wir das Anastasische darum verurtheilen sollten, daß es nicht gerade Alle, die gegen dasselbe handeln, in seinem Netze festzuhalten vermag.

Das Resultat des Bisherigen ist: das Anastasische Gesetz hat die Absicht, das Handeln mit Forderungen so viel als möglich auszuschließen, und verordnet zu diesem Behufe, daß der Käufer einer Forderung nicht mehr, als der Kaufpreis beträgt, soll einklagen können. Damit hängen die Ausnahmen zusammen, die a) in dem Gesetze selbst ausdrücklich gemacht werden: die Cessionen, die bei Gelegenheit einer Auseinandersetzung unter Communionsinteressenten vorkommen, wenn sie auch die Gestalt eines Kaufes annehmen sollten, ferner die datio in solutum mittelst Cession, sodann die Abfindung eines Gläubigers von Seiten des Pfandbesitzers gegen Cession der Klage. In allen diesen Fällen kann von einem Forderungshandel nicht die Rede sein; nicht der Cessionar ist es, es sind andere Umstände, die den Anstoß zur Cession gegeben haben. Da mithin diese Ausnahmen nicht willkürlich gemacht, sondern aus der Natur des Gesetzes geflossen sind, so versteht es sich von selbst, daß auch in anderen Fällen gleicher Natur dasselbe gelten muß, überall also, wo die Cession eine mehr oder weniger nothwendige Folge von Umständen ist, die von dem Cessionar unabhängig sind. Mit Recht werden auch Verkäufe sub hasta von dem Gesetze ausgenommen. b) Die lex Anastasiana findet keine Anwendung auf solche Forderungen, zu deren Natur es gehört, daß sie Gegenstände des Handels sind, bei deren Contrahirung also dieser Verkehr in Aussicht gestellt ist. Dahin gehören Wechselbriefe, ferner Obligationen, die auf den Inhaber ausgestellt sind, endlich Staatsobligationen überhaupt. Bei den letzteren kommt noch hinzu, daß hier von einer Gefährdung des Schuldners durch den Aufkäufer nicht wohl die Rede sein kann[38])

---

37) L. 23. C. mand. (4. 35.)

38) Manche Juristen nehmen nur die Staatsobligationen, welche auf je-

Man hat die Frage aufgeworfen, ob diese Ausnahme auch von der Cession der sogenannten Engagementsbriefe gelte[39]). Es verspricht Jemand eine gewisse Anzahl Staatspapiere an einem bestimmten Tage um einen gewissen Preis zu liefern, der andere Contrahent verpflichtet sich, diesen festgesetzten Preis dafür zu geben. Der materielle Gegenstand ihres Vertrages ist die Differenz zwischen diesem vertragsmäßigen und dem Curspreise an dem bestimmten Tage; daher kann man bei unserer Frage nicht, wie Linde gewollt hat, zwischen der Cession des Rechtes aus dem Engagementbriefe von Seiten dessen, der die Staatspapiere liefern, und der Cession von Seiten dessen, der sie empfangen soll, unterscheiden, dergestalt, daß die Forderung des Letzteren auf eine Handelswaare gehe, deren Cession der lex Anastasiana nicht unterliege, die Forderung des Ersteren dagegen auf eine Geldsumme (den festgesetzten Preis), auf deren Cession daher das Gesetz Anwendung finde. In der That kann man beide Forderungen unter beide Gesichtspunkte bringen; der Beantwortung unserer Frage ist eine andere Grundlage zu geben. Der Credit der Staatspapiere beruht, wie die Sachen stehen, zum Theil auf der Möglichkeit des Handels mit denselben, bei ihrer Creirung ist darauf wesentlich Rücksicht genommen, und darum sind sie von dem Gesetze ausgenommen. Eine Erweiterung dieses Handelsverkehrs sind jene Lieferungsverträge, welche, so viele Nachtheile sie auch in ihrem Gefolge haben können, und eingestandenermaßen gehabt haben, aus jenem Grunde zuzulassen man sich genöthigt sieht. Eine zweite Erweiterung oder Potenzirung des Handels, die auf jene Eigenschaft der Staatspapiere zurückwirkt, ist es nun, daß die Engagementsbriefe selbst zu einem Gegenstande des Handels werden, eines Handels, den Jeder als möglich voraussetzt, der das Engagement eingeht, natürlich, da sie nur ein Nebenzweig des Staatspapierhandels überhaupt sind. Es wäre daher widersinnig, den Handel mit Engagementsbriefen, so lange man diese selbst unbeschränkt zuläßt, auszuschließen, und darum würde eine Anwendung des Anastasischen Gesetzes der Natur dieser Forderungen zuwider sein. Dazu kommt, daß der Cessionar hier wesentlich nicht blos eine Forderung, sondern auch eine Verbindlichkeit für den Fall, daß das Geschäft einen dem Cedenten ungünstigen Erfolg haben sollte, übernimmt. c) Das Gesetz setzt seinem speciellen Inhalte nach voraus, daß die cedirte Forderung auf eine Geldsumme gehe, sei es von Anfang an oder dadurch, daß ihr ursprünglicher Gegenstand in eine solche übergegangen ist, daher, wenn statt des eigentlichen Gegenstandes das Interesse gefordert wird, dieses nach der Summe berechnet werden muß, welche der Cessionar für die Forderung gegeben hat. Ob Jemand dagegen Eine dem Gesetze unterliegende Forderung oder mehrere zusammen sich hat cediren lassen, kann schlechterdings keinen Unterschied machen[40]).

---

den Inhaber lauten, von der lex Anastasiana aus; s. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 3. S. 19 flg.

39) Linde a. a. O. S. 20 flg.

40) Mühlenbruch, S. 545, will eine Ausnahme machen für den Fall,

Ein Anderes ist es bei dem Kaufe einer Erbschaft, die nicht blos aus Forderungen, sondern auch aus anderen Rechten, und, was noch hinzukommt, auch aus Verbindlichkeiten besteht. Insofern sich hier theils aus dem letzteren Grunde, theils aus dem ersteren, wegen der Verbindung mit anderen Gegenständen der Preis für eine einzelne Forderung aus dem gesammten Kaufpreise nicht ausziehen läßt, muß die Anwendung des Gesetzes wegfallen. d) Endlich ist von dem Gesetze auszunehmen die Cession von Forderungen, welche von Anfang an auf eine alea, auf einen ungewissen und gewagten Gegenstand gehen (wohl zu unterscheiden von der Ungewißheit oder Unsicherheit der Forderung selbst); ein solcher Gegenstand ist einer sicheren Vergleichung mit dem verabredeten Kaufpreise nicht fähig. Auch aus diesem Grunde fällt die Cession von Engagementsbriefen nicht unter das Gesetz.

Die Wirkung des Anastasischen Gesetzes ist, daß der Cessionar nicht mehr einklagen kann, als er selbst für die Forderung gegeben hat. Wem kommt nun der Ueberschuß zu Gute? Es ist nicht eine Fürsorge für den Cedenten, der etwa unbilligerweise zu einer wohlfeileren Cession vermocht worden wäre, welche das Gesetz veranlaßt hat; für ihn hat das Geschäft, wodurch er sich der Ausübung der Forderung entäußert, seine volle Wirkung, er kann daher den Ueberschuß nicht einklagen. Dieß hat die L. 23. §. 1. C. mandati sogar für den Fall einer simulirten theilweisen Schenkung ausdrücklich festgesetzt: weder der Cedent noch der Cessionar soll eine Klage auf das Uebrige haben. Dem Fiscus den Ueberschuß zuzuwenden, wie einige Juristen auch hier gewollt haben, ist schlechterdings kein Grund, selbst Mühlenbruch hat dieß hier zugegeben. — Es fragt sich aber noch, wer bei der sogenannten exceptio legis Anastasianae den Beweis zu führen habe? In Beziehung auf die übrigen bisher dargestellten Einschränkungen der Cession ist die Beweislast, wenn der Schuldner dem Cessionar einen dieser Gründe entgegenstellt, nach den gewöhnlichen Regeln zu bestimmen. Hiernach könnte man versucht sein, dem Schuldner den Beweis aufzulegen, daß der Cessionar weniger, und um wie viel weniger er für die Forderung gegeben habe[41]). Aber damit würde der Intention des Gesetzgebers, der nicht jeden Kauf als eine wirksame causa cessionis gelten lassen will, schwerlich genügt werden. Es ist daher die gemeine Meinung für richtig zu halten, wonach der Cessionar zu beweisen hat, daß sein Kauf nicht unter die von dem Gesetze mißbilligten Händel falle, also daß er, so viel er einklagt, auch wirklich gegeben habe. Daß dagegen die Cession auf einen Kauf sich gründe, wird, wenn der Cessionar etwa eine andere causa behauptet, allerdings von dem Schuldner zu beweisen sein.

---

wenn die mehreren Forderungen gegen verschiedene Schuldner gehen; diese Cessionen, behauptet er, sollen dem Gesetz nicht unterliegen, ohne einen erheblichen Grund.

41) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 357. Vgl. Mühlenbruch, S. 605, Note 151.

Die Wirkungen der Cession, welche nun noch zu bestimmen, und deren Grundlagen in dem Begriffe des Geschäftes und den oben schon daraus gezogenen allgemeinen Principien gegeben sind, betreffen theils das Verhältniß des Cessionars und des Cedenten zu dem Schuldner, theils das Verhältniß jener zu einander. Es soll mit dem letzteren der Anfang gemacht werden.

Zwischen dem Cedenten und dem Cessionar besteht ein obligatorisches Verhältniß, vermöge dessen der erstere dem letzteren die Geltendmachung seiner Forderung auf eigne Rechnung desselben zu gestatten verpflichtet ist. Der nähere Inhalt dieser Obligation hängt von der causa der Cession, also von dem Rechtsgeschäft oder dem sonstigen Grunde ab, worauf sie beruht. Die Bestimmungen über Kauf, Tausch, Schenkung ꝛc. gelten auch, wenn der Gegenstand dieser Verträge eine Forderung ist, die vermöge derselben cedirt wird. Dahin gehört z. B. die Frage, ob ein Forderungskauf wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, die nur deswegen hier etwas näher behandelt werden soll, weil es nicht an Juristen fehlt, welche für den Forderungskauf eine Ausnahme wegen der besonderen Natur des Gegenstandes behaupten [42]). Diocletian hat bekanntlich in zwei Rescripten verordnet, der Verkäufer solle auf Rescission des Kaufes klagen können, wenn der Preis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache erreiche. Die Rescripte entscheiden zunächst Fälle, wo Grundstücke verkauft waren; man hat sie mit Recht stets auch auf andere Sachen angewendet, wie denn in der That das erste derselben (L. 2. C. de resc. vend.) sogar mit einem allgemeineren Ausdrucke: rem maioris pretii etc. beginnt. Wenn dagegen die Praxis das Recht der Rescission auch dem Käufer gegeben hat, so ist sie offenbar über die Intention des Kaisers hinausgegangen, der vornämlich den häufigen Fall im Auge hatte, daß ein Verkäufer aus Geldnoth sich veranlaßt sieht, seine Sache um jeden Preis loszuschlagen. Für den Käufer ist kein Bedürfniß eines solchen Schutzes vorhanden, denn hat die Sache einen geringeren Werth wegen Mängel, so stehen ihm die ädilischen Klagen zu Gebote, außerdem aber muß der Grundsatz gelten: stultis non succurritur. Unsere Juristen haben diese Ausdehnung durch das in den Rescripten nicht enthaltene Erforderniß zu mildern gesucht: der Verletzte müsse den wahren Werth weder gekannt haben, noch leicht haben kennen können. Dieß Erforderniß mag man für den Käufer machen, dem jene Rescripte kein Recht gegeben haben, für den Verkäufer kann es nach dem vorhin Bemerkten nicht gelten. Nach diesem mögen nun die Gründe beurtheilt werden, welche Mühlenbruch für die Unanwendbarkeit der Rescission bei Cessionen aufstellt: der Gegenstand der Forderung sei entweder etwas Gewisses, dann könne sich der Cedent mit seiner Unkenntniß des wahren Werthes nicht entschuldigen, oder etwas Ungewisses (ein ungewisser Gegenstand, also abgesehen von bloßer Ungewißheit oder Unsicherheit der Forderung), dann finde die

42) So Mühlenbruch S. 622.

laesio enormis ohnedieß keine Anwendung. Ich sehe nicht ein, warum man nicht bei jedem anderen Gegenstande eines Kaufes ebenso argumentiren, und auf diese Weise die Rescission wegen Verletzung über die Hälfte überhaupt außer Anwendung setzen könnte. Außerdem würde diese Meinung die absurde Folge haben, daß wenn ich ein Grundstück unter der Hälfte des wahren Werthes verkaufe, mir die actio venditi auf Rescission zusteht, habe ich dagegen eine Forderung, deren Gegenstand das Grundstück ist, und ich cedire die actio emti, oder die Klage aus dem Tauschvertrage u. s. f. unter gleichen Umständen, so würde mir die Verletzung über die Hälfte nach Mühlenbruch keinen Anspruch auf Rescission geben.

Zu den Punkten aber des Verhältnisses zwischen Cedenten und Cessionar, welche eine allgemeinere von der besonderen causa der Cession wenigstens in der Hauptsache unabhängige Bestimmung zulassen, gehört die Pflicht des Cedenten, die Geltendmachung und Realisirung der Forderung durch den Cessionar nicht nur nicht zu hindern, sondern sie ihm, so weit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen: durch Gewährung der Legitimationsmittel, Auslieferung der Urkunden und sonstigen Beweismittel, Mittheilung von Rechtsbehelfen gegen Einwendungen des Schuldners u. s. f., ferner die Pflicht der Herausgabe dessen, was er nach der Cession von dem Schuldner, durch directe oder indirecte Leistung, empfangen hat; endlich auch, im Allgemeinen wenigstens, die Frage: was der Cedent dem Cessionar hinsichtlich der Forderung zu gewähren habe? Abgesehen von ausdrücklichen Verabredungen über diesen Punkt haftet der Cedent nach der richtigen und auch herrschenden Ansicht für die Existenz der Forderung, esse debitorem, worin denn auch liegt, daß die Forderung weder ipso iure, noch ope exceptionis aufgehoben sei, und natürlich auch für die Existenz der mitveräußerten Accessionen der Forderung (Forderung gegen den Bürgen, Pfandrecht), sowie endlich regelmäßig auch die Klagbarkeit der Forderung gewährt werden muß; nicht aber haftet er für die Güte derselben, locupletem esse debitorem, dafür also, daß die Befriedigung wirklich erlangt werden kann [43]). Die Möglichkeit, die Forderung früher oder erst später zu realisiren, gehört zur Güte derselben. Es gibt indessen Fälle, wo der Cedent auch für die Güte haften muß, wo also der Umstand, daß die Forderung nicht realisirt werden kann, dem Cessionar einen Anspruch auf Schadloshaltung gibt. Vor Allem ist dieß die Folge eines Dolus des Cedenten, durch den entweder die Inexigibilität der Forderung veranlaßt oder der Cessionar zu ihrer Uebernahme bestimmt worden ist. Sonst kann eine solche Haftung entweder für die Güte überhaupt oder wenigstens für gewisse Eigenschaften, die dahin gehören, aus der besonderen Natur der causa cessionis folgen. Ist die Forderung dotis nomine cedirt, so ist zu behaupten, daß die Grundsätze von der Eviction der Dos auf den Fall der Inexigibilität an-

---

43) L. 4. D. de her. vel act. vend. L. 74. §. 3. D. de evict. (21. 2.) L. 30. D. de pignor. (20. 1.)

zuwenden sind. Gewöhnlich wird gesagt, der Cedent hafte dem Cessionar (dem Ehemanne) schlechterdings für die Güte; dieß ist nicht richtig, es beruht auf der Verwechselung der Frage: trägt der Mann das periculum?[44]) und: ist der Cedent verpflichtet, die Güte zu gewähren? Fragen, die in mehrfachen Rücksichten ganz verschieden sind. Daß ferner, wenn eine Forderung an Zahlungsstatt cedirt worden ist, der Cedent für die Güte einstehen müsse, ist aus unrichtigen Gründen behauptet, aus ebenso unrichtigen verneint worden[45]). Es ist zu verneinen bei einer datio in solutum, die auf freier Uebereinkunft beruht, zu behaupten dagegen bei derjenigen, welche dem Gläubiger nach der Nov. 4. cap. 3. aufgedrungen wird, so daß der Gläubiger, wenn er wegen einer schon damals vorhandenen Insolvenz des debitor cessus seine Befriedigung entbehrt, als nicht durch die datio in solutum bezahlt zu betrachten ist. Dieß geht aus dem ganzen Inhalte der Novelle selbst hervor. — Endlich hat der Cedent in gewissen Fällen nicht einmal für die Existenz der Forderung einzustehen, überall nämlich, wo er nur, insofern er die Forderung hatte, zur Cession, und außerdem zu nichts verpflichtet war[46]), sodann auch wenn die Cession auf einer Schenkung oder einem Vermächtniß beruht[47]).

Wir kommen nun zu den Wirkungen der Cession gegenüber dem Schuldner. In dem Verhältnisse zwischen dem Cedenten und dem Schuldner wird durch die Cession allein nichts verändert. Der Cedent ist noch immer Gläubiger, und kann mit der Forderung gegenüber dem Schuldner Alles mit derselben Wirkung vornehmen, wie vor der Cession, er kann klagen, weiter cediren, mit dem Schuldner pacisciren, der Schuldner kann ihm mit vollkommener Wirkung leisten u. s. f.[48]). Der Cedent verletzt etwa durch eine solche Einwirkung die Verbindlichkeit, die ihm aus der Cession gegen den Cessionar obliegt, und haftet diesem, aber dieß benimmt jenen Vorgängen nichts an ihrer rechtlichen Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner. Diese fortdauernde Einwirkung des Cedenten und ihre den Cessionar gefährdenden Folgen kann dieser dadurch ausschließen, daß er selbst zu dem Schuldner in ein bestimmtes Verhältniß tritt, wodurch derselbe ausschließlich an ihn gewiesen wird. Dieß kann vor Allem dadurch geschehen, daß er in das Prozeßverhältniß mit dem Schuldner kommt, die Klage gegen ihn anstellt und litem mit ihm contestirt; durch die Novation, welche darin liegt, wird der Schuldner nunmehr sein Schuldner[49]). Aber der Cessionar kann auch schon durch eine bloße Benachrichtigung des Schuld-

---

44) Davon spricht L. 49. pr. D. sol. matr. (24. 3.)

45) Mühlenbruch S. 625. Die von ihm allegirte L. 96. §. 2. D. de solut. (46. 3.) spricht von einer Cession in Folge eines Vergleiches.

46) Vergl. z. B. L. 31. pr. D. de A. E. V. (19. 1.)

47) S. L. 18. §. 3. D. de donat. (39. 5.) L. 75. §. 1. 2. D. de leg. I. (30.)

48) S. z. B. L. 2. C. de novat. (8. 42.)

49) L. 11. §. 1. D. de novat. (46. 2.) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

ners von der geschehenen Cession erreichen, daß der Schuldner durch Zahlung an den Cedenten oder durch eine sonstige Verhandlung mit demselben nicht von dem Anspruche des Cessionars befreit wird, also einen Einfluß des Cedenten auf die Forderung ausschließen [50]). Der Schuldner wird nun durch eine exceptio doli gegen die Klage des Cedenten geschützt [51]) und kann das dennoch an ihn Gezahlte mit der condictio sine causa zurückfordern. Viele unserer Juristen sind noch weiter gegangen: schon die Kenntniß des Schuldners von der Cession überhaupt, auf welchem Wege er sie auch erlangt haben möge, habe jene Folge. Man vergißt dabei, daß schon jene Bestimmung, die wir in den Gesetzen finden, eine singuläre ist, denn streng genommen wäre, nach dem Charakter der Cession selbst, der Schuldner nicht verpflichtet, von einem ganz unabhängig von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte Notiz zu nehmen, er würde sagen können: ich muß mir's gefallen lassen, daß mein Gläubiger durch einen Procurator mich belangt; daß dieser in rem suam gegeben ist, ist eine Sache unter ihnen; ehe aber Jenes geschieht, bin ich nicht an den Procurator gebunden. Das Recht hat nun der Benachrichtigung utilitatis causa, im Interesse des Cessionars und auch unter Umständen des Schuldners selbst (da nun der Cessionar nicht sogleich zu dem äußersten Mittel der Einklagung zu greifen braucht), jene Wirkung beigelegt; wir sind nicht berechtigt dieß noch weiter auszudehnen. Nur in zwei Fällen legt das geschriebene Recht der irgendwie erlangten Kenntniß die Wirkung einer Benachrichtigung bei: bei dem Verkaufe einer Erbschaft und der Restitution an den Universalfideicommissar [52]), Fälle, welche nicht ohne guten Grund von den gewöhnlichen Cessionen unterschieden werden [53]). Eine Benachrichtigung von der Cession liegt natürlich auch in der Zuziehung des Schuldners zu dem Cessionsacte, ferner darin, daß der, welcher als Bevollmächtigter eines Anderen einen Contract schließt, dem anderen Contrahenten diese seine Eigenschaft und damit also erklärt, daß die von ihm contrahirte Forderung im Augenblicke ihrer Entstehung als eine vermöge des Mandatsverhältnisses von ihm, dem Mandatar, an seinen Mandanten cedirte zu betrachten sei.

Der Hauptpunkt in der Lehre von den Wirkungen der Cession ist endlich die Stellung des Cessionars zu dem Schuldner. Die Cession verändert die Person des Gläubigers nicht, der Cedent ist noch Gläubiger, der Cessionar übt eine fremde Forderung aus. Aber

---

50) L. 4. C. quae res pign. (8. 17.) Die Worte der L. 2. C. de novat. (8. 42.) von Gordian: vel debitori tuo denunciaverit, sind ihrem ursprünglichen Sinne nach von der alten denunciatio, welche statt der in ius vocatio diente, zu verstehen (Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses, I. S. 247 flg.); im Justinianischen Rechte haben sie die Bedeutung einer gewöhnlichen Benachrichtigung.

51) L. 16. pr. D. de pact. (2. 14.) L. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7.)

52) L. ult. D. de transact. (2. 15.)

53) So Mühlenbruch S. 494.

diese Ausübung ist sein eignes selbstständiges Recht, und darum kann sein Verhältniß zu dem Schuldner nicht schlechthin wie das eines gewöhnlichen Procurators beurtheilt werden. Die Frage ist also, inwieweit tritt der Cessionar an die Stelle des Cedenten, und inwieweit ist er unabhängig von ihm? eine Frage, die sowohl in Beziehung auf die Befugnisse des Cessionars, als in Beziehung auf die Rechtsbehelfe des Schuldners zu beantworten ist.

Der Cessionar macht die cedirte Forderung mit allen ihren Accessionen geltend, er stellt die Klage also nicht blos auf ihren Hauptgegenstand, sondern auch auf die Erweiterungen desselben an, die er bis zur Cession durch Nebenverabredungen oder ipso iure erhalten hatte; die Klage hat mit einem Worte bei ihm denselben Gegenstand, welchen sie bei dem Cedenten haben würde. Hatte daher z. B. der Cedent vor der Cession den Schuldner in moram versetzt, so kann auch der Cessionar diese Mora mit ihren Wirkungen geltend machen. Diese einmal entstandene Mora gegenüber dem Cedenten setzt sich (wenn sie nicht purgirt wird) fort bis zur Benachrichtigung des Schuldners von der Cession, von wo an sie in eine Mora gegenüber dem Cessionar übergeht. Aber auch andere Forderungen und Klagen, wenn sie in einem wesentlichen Accessionsverhältnisse zu der cedirten Forderung stehen, sind stillschweigend als mit dieser cedirt zu betrachten, so die Forderung aus dem abgesonderten Zinscontracte (foenus), ferner die Forderung gegen den Bürgen und das Pfandrecht [54]). Ob die Forderung solche Accessionen bei dem Cedenten vermöge eines ius commune oder singulare erhalten hat, und im letzteren Falle, vermöge eines ius singulare, das die Forderung oder das die Person begünstigt, darauf kann der Natur der Sache nach nichts ankommen. Bei einem privilegium personae, welches der Forderung einen Zuwachs verschafft, ist nur darauf zu sehen, ob der Grund der Accession schon bei dem Cedenten eingetreten und wirksam geworden war; da Forderungen selbst, die ein ius singulare zur Quelle haben, cessibel sind, so müssen auch die auf einem solchen Grunde beruhenden Accessionen auf den Cessionar übergehen können. Wenn daher z. B. der Schuldner gegen den Cedenten vermöge singulärer Rechtsvorschrift ohne Interpellation in moram gekommen war, so kann auch der Cessionar diese Mora geltend machen, sie dauert ihm gegenüber fort [55]), er hat ferner das von dem Cedenten erworbene Pfandrecht, auch das gesetzliche, selbst wenn es um der Person des Gläubigers willen der Forderung beigelegt ist, auszuüben [56]); das auxilium in integrum restitutionis eines Minderjährigen ist cessibel, der Gebrauch desselben bei einer von dem Minderjährigen cedirten Forde-

---

54) L. 23. pr. D. de her. v. act. vend. L. 6. 7. C. de O. et A. (4. 10.) L. 14. C. de fideiuss. (8. 41.) Vergl. Mühlenbruch S. 477 flg. Auch das Pfandrecht, das er nach der Cession erworben hat, ist der Cedent zu cediren verpflichtet. L. 6. D. de hered. v. act. vend.

55) Dieß ist für den Cessionar des Fiscus ausdrücklich gesagt in L. 43. D. de usur. (22. 1.)

56) L. 2. C. de his qui in prior. cred. (8. 19.)

rung steht dem Cessionar zu, so weit es der Cedent in diesem Falle hatte [57]). Man könnte für den Uebergang der persönlichen Privilegien auf den Cessionar auch dieß anführen wollen, daß, wenn durch ein solches Privilegium personae succurritur, es dem Cedenten doch auch hier zu statten komme, der den Vortheil habe, seine Forderung mit diesem Vorzuge, also gegen bessere Bedingungen cediren zu können [58]). Aber dieß ist nicht das juristische Princip, aus dem jene Entscheidungen folgen, es würde uns zu Unterscheidungen und Einschränkungen führen, die den gegebenen Aussprüchen unserer Quellen nichts weniger als conform sind; der wahre Grund liegt nicht in einem Interesse des Cedenten, sondern nur darin, daß es für die Cessibilität einer Forderung gleichgiltig ist, wie sie entstanden sein möge, iure communi oder singulari, und daß es daher auch für die wahren Accessionen einer Forderung gleichgiltig sein muß, daß der Cedent sie auf einem Wege, der nicht jedem offen steht, erlangt hat. Der Uebergang der Ausübung eines solchen Rechtes mit der cedirten Forderung hängt also nur von seiner Accessionseigenschaft ab. Daher hat der Cessionar auf der anderen Seite nicht die Ausübung der Rechte, von denen der Cedent bei eigner Ausübung der Forderung Gebrauch gemacht hätte, die aber durchaus nicht als Accessionen der letzteren betrachtet werden, wie die privilegia fori, de non appellando, und andere, die sich auf die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens beziehen.

Nach den aufgestellten und als sicher zu betrachtenden Grundsätzen ist nun die höchst bestrittene Frage zu beantworten, ob das Vorzugsrecht der Forderung im Concurs, das privilegium exigendi, auf den Cessionar übergehe? Im Allgemeinen wird die Möglichkeit dieses Ueberganges an mehreren Orten unseres geschriebenen Rechts vorausgesetzt [59]), aber es finden sich Stellen, welche ihn bei personae privilegia leugnen, und somit jene Möglichkeit auf die privilegia causae beschränken. So L. 63. D. de R. J. aus Pauli lib. sing. de dotis receptione: In omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii. Mühlenbruch glaubt die Stelle sei nur von Erben zu verstehen, von welchen in Beziehung auf das priviligium dotis auch L. un. C. de priv. dot. (7. 74.) dasselbe sagt. Aber zu jener Stelle kommt noch L. 42. D. de admin. tut., welche ausdrücklich von dem Cessionar spricht: Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit; in rem suam iudicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur (diese Worte sind der Annahme, daß die Erben leichter von dem Privilegium ausgeschlossen sein könnten, als der Cessionar, nicht sehr günstig), non enim

57) L. 24. pr. D. de minor. (4. 4.)
58) Mühlenbruch S. 566, 577.
59) L. 2. D. de cessione bon. (42. 3.) L. 24. §. 3. D. de reb. auct. iud. (42. 5.)

causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Mühlenbruch erklärt diese Entscheidung dadurch, daß es sich hier um einen Fall handle, wo der privilegirte Cedent kein Interesse dabei habe, daß der Cessionar sein Privilegium ausübe, also nach einem Principe, welches der Jurist nicht andeutet, und das überhaupt, wie vorhin bemerkt worden, für unsere Frage untauglich ist. Manche haben geglaubt, eine andere Stelle sei mit jener im Widerspruch: L. 7. C. de privil. fisci (7. 73.) lasse den Cessionar des Fiscus in dessen privilegium exigendi eintreten; aber dieses Gesetz spricht nicht von diesem Privilegium, sondern von dem Pfandrechte des Fiscus, von welchem, wie sich nachher ergeben wird, nicht dieselben Grundsätze gelten. Zur Beantwortung unserer Frage wird uns die Analogie eines Falles dienen, der vorhin aus dem geschriebenen Rechte und dem von uns aufgestellten Princip entschieden worden ist. Wenn der Cedent eine Person ist, gegenüber welcher der Schuldner ohne Interpellation in Mora versetzt wird, so gilt diese Mora auch für den Cessionar. Dieß setzt aber voraus, daß der Schuldner gegenüber dem Cedenten, also vor der Cession in moram kam; anders wenn der Zeitpunkt, wo die Mora gegenüber dem Cedenten eingetreten wäre, erscheint, nachdem der Cessionar als die Person, welcher die Erfüllung in rem suam geschehen, auf die sich also die Mora des Schuldners beziehen soll, eingetreten ist. Von dieser Zeit an versetzt nicht mehr der Cedent, sondern der Cessionar den Schuldner in Mora, wollte der Cessionar jenes behaupten, so würde er damit sagen, der Cedent dürfe noch immer die Leistung einfordern, was er ja vermöge der Cession nicht soll, wenn er es auch vor der Benachrichtigung des Schuldners immer noch kann. Auf den Cessionar geht nicht das Recht über, den Schuldner nach dem singulären Rechte des Cedenten in moram zu versetzen, sondern die Accession, welche die Forderung durch die bei dem Cedenten schon entstandene Mora erhalten hat. Dieselbe Bewandtniß hat es nun mit dem privilegium exigendi. Darum daß der Cedent, wenn er die Forderung im Concurs geltend gemacht haben würde, die vorzügliche Stelle erworben hätte, die ihm das privilegium exigendi personale gewährt, hat die Forderung nicht schon jetzt eine Accession, die auf den Cessionar überginge. Ist es ein privilegium causae, so erwirbt Jeder, der die Forderung geltend macht, die Stelle im Concurs, also auch der Cessionar; ein privilegium personae gewährt dieß Recht nur einer bestimmten Person. Die Entscheidung beruht also darauf, daß das privilegium exigendi für sich noch keine Erweiterung der Forderung, sondern nur erst die Möglichkeit ihr sie zu verschaffen enthält. Anders verhält es sich mit dem Privilegium eines Pfandrechtes; die Priorität ist eine Eigenschaft, welche mit dem Pfandrechte gleich bei seiner Entstehung als eine gegenwärtig wirksame verbunden ist, und von der getrennt sich die Wirksamkeit des Pfandrechtes selbst nicht denken läßt, der Cessionar macht daher stets die Priorität des cedirten Pfandrechtes, ob sie eine Priorität des Alters oder des Privilegiums sei, geltend, es ist nicht erst seine Thätigkeit, durch welche ihre Wirksamkeit vermittelt wird.

So viel von den Privilegien des Cedenten; die Frage nach den Befugnissen des Cessionars entsteht nun aber auch in Beziehung auf seine eignen Rechte. Es kann sein, daß der Cessionar eine privilegirte Person ist; kann er sich seiner Rechte bei der Geltendmachung der fremden Forderung bedienen? Hier sind vor Allem die Fälle auszuscheiden, wo von einer Anwendung solcher Rechte auf die Forderung selbst gar nicht die Rede ist, wie z. B. bei den Privilegien in Beziehung auf die Prozeßführung, dem Anspruch auf ein besonderes Forum, auf prozessualische Restitutionen. Aus demselben Grunde, aus dem er solche Rechte, wie vorhin bemerkt worden ist, nicht aus der Person des Cedenten in Anspruch nehmen kann, kann er sie, wenn sie seine eignen sind, gebrauchen [60]). Es handelt sich also nur um die Rechte, welche sich auf die Forderung selbst beziehen, wie z. B. das Recht, den Schuldner ohne Interpellation in moram zu versetzen, das privilegium exigendi, welches dem Cessionar für seine Forderungen zusteht. In unserem geschriebenen Rechte wird die Frage nicht ausdrücklich entschieden; die Stellen, die man dafür angeführt hat, behandeln sie nicht. Dahin gehört die L. 38. pr. de minor. (4. 4.) Der minderjährige Erbe kann nicht ex causa minoris aetatis gegen einen Contract Restitution verlangen, den sein Erblasser geschlossen hat. Abgesehen davon, daß die Stelle von der Universalsuccession, nicht von der Cession handelt, wird in derselben die Unanwendbarkeit der in integrum restitutio nicht aus dem Grunde, weil der Successor bei der Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Forderung seine eignen Rechte nicht ausüben dürfe, also aus einem Grunde, der für die Beantwortung unserer Frage tauglich wäre, sondern wegen der besonderen Natur dieses Beneficium behauptet, weil nämlich die Läsion nicht in einem Causalzusammenhang mit der iusta causa stand, die Minderjährigkeit des Petenten nicht die Veranlassung der Beschaffenheit des Vertrages gewesen war, gegen den er Restitution verlangte. Ferner sprechen mehrere Stellen von der Anwendung der Rechte des Fiscus auf Forderungen, in die er succedirte, indem sie diese Anwendung theils im Vorbeigehen voraussetzen [61]), theils näher bestimmen [62]); sie handeln aber nicht von der Cession. Wir haben daher unsere Frage zunächst aus inneren Gründen zu beantworten. Wenn nun dem Cessionar für seine eignen Forderungen ein gewisses Recht zusteht, ein privilegium exigendi, oder das Recht nicht verabredete Zinsen ohne eigentliche Mora seines Schuldners zu fordern, so

---

60) Mühlenbruch S. 583 flg.

61) L. 43. D. de usur. (22. 1.)

62) L. 6. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) Ganz gleichgiltig für unsere Frage ist L. 3. §. 7. eod. (Si posteriori creditori fiscus successerit, eo iure utitur, quo is usurus erat, cui successit.) Denn das Pfandrecht des Fiscus wegen seiner Forderungen außer den öffentlichen Abgaben, ist nach der richtigen Ansicht nur insoweit privilegirt, daß er gleichzeitigen, nicht daß er älteren Pfandgläubigern vorgeht (G. F. Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 193); von diesem Vorzug war in dem vorliegenden Fall ohnehin kein Gebrauch zu machen.

liegt darin schon von selbst, daß er diese Rechte nicht für eine ihm cedirte Forderung, die eben darum nicht seine eigne ist, daß er sie nicht gegen einen Schuldner, der nicht der seinige, sondern der des Cedenten, auch nach der Cession, ist, geltend machen kann. Unsere Frage ist also zu verneinen, und dieß ist auch der herrschenden Ansicht gemäß. Aber dieß gilt auch nur so lange, als es sich um eine fremde Forderung handelt. Wenn der Schuldner dem Cessionar condemnirt ist, so ist er ex iudicato der Schuldner dieses, nicht mehr des Cedenten, die actio iudicati ist die eigne Klage des Cessionars, nicht eine cedirte. Für diese also wird er ohne Zweifel seine persönlichen Privilegien in Anspruch nehmen können. Ja insofern die Condemnation erfolgt, werden wir diese Wirkung auch schon auf die Litiscontestation zurückbeziehen müssen, von welcher an der Schuldner sodann als Schuldner des Cessionars zu betrachten ist. Der Benachrichtigung des Schuldners dagegen kann diese Wirkung nicht beigelegt werden; die Bedeutung, die ihr in Beziehung auf den Einfluß des Cedenten gegeben worden ist, verträgt als etwas Singuläres keine Erweiterung.

Gewöhnlich wird schlechthin behauptet, der Cessionar könne seine Privilegien nicht gebrauchen, aber eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus gemacht. Diese Ausnahme gründet sich auf die schon allegirte L. 6. pr. de iure fisci. Ihr Inhalt ist folgender. Wenn der Fiscus in das Recht eines Privatus succedirt, so genießt er sein Privilegium nur von der Zeit seiner Succession an, nicht für die ihr vorausgehende Zeit. Von wo an aber, fragt der Jurist weiter, um die Zeit näher zu bestimmen, datirt sich die Anwendung seines Privilegium? Von der Succession an sich schon, oder von der Geltendmachung gegen den gewissen und geständigen Schuldner, oder endlich von der Eintragung der Forderung inter nomina debitorum? — Man sieht, es ist hier von einer Universalsuccession die Rede, von welcher, bei unserer Frage namentlich, noch kein Schluß auf die Cession gestattet ist. Aber auch hier ist der Jurist weit entfernt, schon dem Uebergang der Forderung auf den Fiscus selbst und für sich jene Wirkung beizumessen. Nicht schon von dem Zeitpunkte der Succession an datirt sich die Anwendbarkeit des Privilegiums. Die Anwendung des Zinsenprivilegiums, sagt der Jurist, tritt erst ein mit der Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner, vorausgesetzt, daß er gewiß und geständig ist. Wie die Zeit bei dem privilegium exigendi zu bestimmen sei, hält der Jurist für zweifelhaft, er setzt sie auf die der Eintragung der Forderung in die dafür bestimmten Bücher. Schon die Ordnung, in welche er die verschiedenen Zeitpunkte stellt, zeigt, daß es hier nicht etwa leichter gehalten werden soll, als bei den Zinsen; vielmehr ist diese Eintragung ein Act, der nur mit einem sich selbst als solchen bekennenden Schuldner vorgenommen wird. Wollten wir daher von dieser Stelle einen Gebrauch für die Stellung des Fiscus als Cessionars machen, so würden wir auf keine andere Entscheidung kommen, als die vorhin für alle Cessionarien gegeben worden ist, nur daß es für den Fiscus noch einen besonderen Weg gibt, wodurch die cedirte Forderung seine eigne wird.

Wenn nun bisher die Befugnisse des Cessionars in Beziehung auf den Gebrauch theils der Rechte des Cedenten, theils seiner eignen, bestimmt worden sind, so handelt es sich zuletzt um die Rechtsbehelfe des Schuldners, und inwiefern rücksichtlich ihrer eine Aenderung dadurch eintritt, daß ein Anderer, als der eigentliche Gläubiger, die Forderung geltend macht[63]).

Man hat nicht selten (jedoch erst in den letzten Jahrhunderten, die Juristen des Mittelalters stellten richtigere Ansichten über diesen Punkt auf) den Schuldner in dem Gebrauch der Einreden, welche ihm gegenüber dem Cedenten zustehen würden, gegen den Cessionar sehr beschränken wollen, durch Unterscheidungen, zu welchen wenigstens unser geschriebenes Recht nicht berechtigt, welches die Frage überhaupt direct nicht beantwortet[64]). Es war dieß vornämlich eine Folge des Grundirrthums, nach welchem die Cession eine Uebertragung des Forderungsrechtes, der Uebertragung des Eigenthums analog, sein sollte. Aus dem wahren Princip der Cession, daß es eine fremde Forderung ist, welche der Cessionar geltend macht, ergibt sich vielmehr die Regel, daß der Schuldner alle Einreden, die ihm gegen seinen Gläubiger zustehen, auch dem Cessionar, der dessen Recht ausübt, entgegensetzen kann. Darin liegt aber von selbst, daß es Einreden sein müssen, welche der Schuldner gegen den Cedenten als Gläubiger hat, also 1) Einreden, welche mit der Forderung selbst zusammenhängen, denn nur diese stehen dem Gläubiger als Gläubiger entgegen; Einreden, die dem Cedenten blos als Kläger entgegengesetzt werden konnten, die also mit seiner Eigenschaft als Gläubiger nicht in Verbindung stehen, z. B. die Einrede auf Caution bei einem ausländischen Kläger, können gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten nicht in Anwendung kommen; 2) Einreden, welche auch wirklich schon gegen den Cedenten begründet waren, ehe der Schuldner noch in ein bestimmtes Verhältniß zu dem Cessionar, wodurch der Einfluß des Cedenten auf die Forderung ausgeschlossen ist, getreten war. Dieß findet seine Anwendung bei der Abschließung eines Contractes durch Bevollmächtigte. Der Bevollmächtigte ist der Contrahent, und daher der eigentliche Gläubiger, der Mandant hat die Forderung als eine cedirte, die Cession ist in dem Augenblicke der Erwerbung der Forderung durch den Mandatar als geschehen zu betrachten. Hat nun dieser als Bevollmächtigter, mit dieser Erklärung an den anderen Theil, contrahirt, so ist dieß eine Benachrichtigung des Schuldners von der Cession. Der Mandant muß zwar die Einreden, die aus der Art und Weise der Abschließung des Geschäftes, aus dem er klagt, entspringen, gegen sich gelten lassen, nicht aber andere aus der Person des contrahirenden Mandatars abgeleitete. — Nach diesen

---

63) S. darüber auch Francke, über die dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden, Archiv für civil. Praxis, XVI. 15.

64) Es fehlt freilich nicht an Stellen, die bei diesem Punkte in den Werken unserer Juristen allegirt zu werden pflegen, die aber näher betrachtet, ganz andere Fragen betreffen als die unsrige.

Grundsätzen sollen nun noch einige besondere Einreden, bei denen ihre Anwendung zweifelhaft geschienen hat, betrachtet werden. Was zuerst die exceptio doli, nämlich im engeren Sinne, wo sie sich auf einen vergangenen Dolus gründet [65]), anlangt, so steht sie entschieden dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegen, die Fassung der exceptio in personam: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est [66]), hindert ihre Anwendung auf den Cessionar nicht. Was im römischen Rechte von dem Dolus des auctor gesagt wird, daß dieser dem Käufer nicht schade, wohl aber einem successor ex lucrativa causa [67]), ist durchaus nicht auf den Cessionar zu beziehen, dessen Verhältniß ein ganz anderes ist, als das des Erwerbers eines Rechtes durch Succession [68]). Es versteht sich von selbst, daß bei jener exceptio doli nur von einem Dolus die Rede ist, wodurch der Cedent auf die Obligation eingewirkt hat; dadurch und blos dadurch bestimmt sich die Grenze des Einflusses desselben auf den Cessionar. — Bei der exceptio compensationis wird es darauf ankommen, wann die Gegenforderung gegen den Cedenten entstanden ist. Geschah dieß, so lange der Schuldner den Cedenten noch befriedigen und dadurch sich befreien konnte, also ehe er durch Benachrichtigung von der Cession lediglich an den Cessionar gewiesen war, so steht die Einrede diesem ebensogut entgegen, als eine sonstige Befriedigung des Cedenten. Anders wenn die Gegenforderung erst nach jenem Zeitpunkte entstand. Ebenso verhält es sich bei dem pactum de non petendo oder ne intra certum tempus petatur, gleichgiltig ob es in rem oder in personam geschlossen ist [69]). — In Beziehung auf die exceptio competentiae kann blos der Fall zweifelhaft erscheinen, wenn die Rechtswohlthat dem Schuldner nur gegen gewisse Personen zusteht, und der Cedent eine solche Person ist, der Cessionar nicht. Die Einrede der Competenz steht nie dem Forderungsrechte selbst, sondern nur seiner Ausübung, seiner jetzigen vollen Ausübung entgegen; das Recht des Schuldners darauf entsteht auch nicht früher, als bei der wirklichen Geltendmachung der Forderung gegen ihn. Es kann daher von der Zuständigkeit dieser Einrede aus der Person des Cedenten, der die Forderung nicht ausübt, keine Rede sein. Man kann auch nicht sagen, die rechtliche Lage des Schuldners werde durch diese Entscheidung verschlimmert, denn es wird ihm kein Recht, das er hat, entzogen. Anders bei der exceptio pacti ne intra certum tempus petatur, welche ebenfalls nur die Geltendmachung betrifft, wodurch

---

65) G. F. Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 80.
66) L. 2. §. 1. D. de doli m. exc. (44. 4.)
67) L. 4. §. 27—29. eod.
68) L. 4. §. 27. cit. sagt: De auctoris dolo exceptio emtori non obiicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est, eum qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris. Gerade diesem letzten Verhältnisse läßt sich die Stellung des Cessionars, der als solcher kein eignes Recht geltend macht, immer vergleichen, wenn man überhaupt beide Verhältnisse mit einander vergleichen will.
69) Francke a. a. O. S. 424 flg.

aber dem Schuldner ein schon im Augenblicke des Vertrages entstehendes Recht gegeben wird.

Man hat gefragt: ob der Cessionar auf eine Widerklage aus der Person des Cedenten sich einzulassen gehalten sei? Und viele Juristen haben die Frage wenigstens für die Cession ex lucrativa causa, oder mit anderen Unterscheidungen, z. B. zwischen der actio directa und utilis, die gänzlich aus der Luft gegriffen sind, bejaht. Soweit der Gegenanspruch nach den so eben vorgetragenen Grundsätzen auch mit einer Einrede gegen den Cessionar geltend gemacht werden könnte, kann dem Schuldner die Befugniß nicht abgesprochen werden, ihn in die Form einer Widerklage zu bringen; weiter aber geht sein Recht zur Widerklage aus der Person des Cedenten schon nach der Natur derselben nicht. Die Widerklage als solche ist nämlich nicht selbst ein besonderes Recht, welches der Schuldner gegen den Cedenten erworben haben könnte, sondern nur eine besondere Form der Geltendmachung eines rechtlichen Anspruchs gegen den Kläger; ein Beklagter, der überall keinen Anspruch gegen den Kläger hat, kann natürlich auch keinen durch eine Widerklage gegen ihn geltend machen. Im römischen Rechte kommen Stellen vor, welche den procurator in rem suam theils zum defendere anhalten[70]), theils davon lossprechen[71]). In einer der beiden ersteren Stellen ist von einem Gegenanspruch die Rede, der die Compensation gegen den Cessionar begründet, und darauf ist in dem Entscheidungsgrunde selbst hingedeutet; die andere scheint allgemeiner zu sprechen, aber die Compilatoren haben eben deshalb zwischen sie und ihre Fortsetzung die letztere Stelle (L. 34. cit.) eingeschoben, um ihr diesen Schein zu nehmen. So kann man nicht sagen, daß diese Stellen dem, was sich aus inneren Gründen ergeben hat, widersprechen[72]).

Endlich stehen die Einreden, welche der Schuldner dem Cessionar aus der Beschaffenheit der Cession entgegensetzen konnte, gewiß auch einem zweiten Cessionar, welchem jener weiter cedirte, entgegen. Denn so weit die Cession an den ersten unwirksam war, ist es auch die an den zweiten. Dieß gilt namentlich auch von der sogenannten exceptio legis Anastasianae, sie schadet, so weit das Recht des ersten Cessionars

---

70) L. 33. §. 5. D. de procur. (3. 3.) L. 70. eod.

71) L. 34. eod.

72) Mühlenbruch hat die Gründe, die man für die Statthaftigkeit der Widerklage aus der Person des Cedenten aus diesen Stellen entnommen hat, durch die Behauptung zu entfernen gesucht: defendere heiße überhaupt seine Rechte oder die eines Anderen sichern, so insonderheit durch die cautio iudicatum solvi, mit Berufung auf L. 5. §. 3. D. iud. solvi (46. 7.): — rem arbitratu boni viri defendere, hoc est satisdare; sic enim videtur defendere, si satisdet. Nun ist zwar so viel gewiß, daß defendere und eine Widerklage übernehmen nicht einerlei sind, aber die Erklärung der angeführten Stelle (in welcher das hoc est satisdare, wie jeder sieht, auf das boni viri arbitratu geht) ist nicht anders, als wenn man aus L. 78. pr. D. de procur. (— non potest videri viri boni arbitratu litem defendere is qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur) schließen wollte, defendere heiße so viel als ad exitum controversiam deducere.

dadurch beschränkt war, dem zweiten, wenn gleich dieser mehr als der erste für die Forderung gegeben hätte, was ihm nur unter Umständen den Regreß gegen diesen verschaffen kann. Wenn Mühlenbruch hier unterscheiden will, ob die zweite Cession vor oder nach der Benachrichtigung des Schuldners von der ersten geschehen sei, und im ersten Fall die Statthaftigkeit der Einrede leugnet, weil sein Verhältniß in Beziehung auf die Forderung ein rein vorübergehendes gewesen sei, so ist weder diese als Grund dienende Behauptung noch ihre Relevanz für die Frage irgend erweislich. G. F. Puchta.

Chorbischof [1]) (ἐπίσκοπος τῆς χώρας, oder τῶν χωρῶν, χωρεπίσκοπος [2]), chorepiscopus, Landbischof) ist der einem bestimmten Sprengel des platten Landes vorgesetzte Bischof.

Sowohl über den Ursprung, als die rechtliche Stellung der Chorbischöfe herrschen sehr abweichende Meinungen.

Manche setzen die Entstehung derselben in die ersten Zeiten der Kirche [3]), Andere in's vierte Jahrhundert [4]). Es kann aber wohl nicht geleugnet werden, daß sie mit der Verbreitung des Christenthums auf dem Lande zugleich entstanden. Die Begründung der Landkirchen erfolgte zum Theil schon durch die Apostel [5]), theils durch andere Bekehrte selbstständig oder von den Städten aus. Nach diesem Ursprunge bildete sich eine abweichende Verfassung. Die apostolischen und andere älteren Landkirchen konnten ein höheres Ansehen behaupten und bildeten oft auch die Mutterkirche für viele andere, welche dann zusammen eine Art Diöcese (συμμορία) ausmachten [6]). Insbesondere geschah dieß bei größeren Dörfern (metrocomiae), welche überhaupt Einrichtungen wie die Städte hatten [7]). Diese hatten daher auch ihren eignen Bischof mit der erforderlichen niederen Geistlichkeit. In den Landgemeinden, welche von den Städten aus gegründet wurden, war aber das Verhältniß regelmäßig ein anderes, indem aus der Mitte des städtischen

---

1) Siehe Rhaban. Maurus opusc. de chorepiscopis (Coll. Conciliorum Harduini T. V. col. 1417 sq.). Pomp. Sarnelli de Corepiscopi e della dignita vescovili e de suoi tituli (in dessen Lettere ecclesiast. ed. Venezia 1716). — Thomassin vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. II. c. 1. 2. Bingham origines eccl. lib. II. c. 14. Binterim, die vorzügl. Denkwürdigkeiten der christkathol. Kirche, Bd. I. Th. 2. Cap. 6. §. 2. (S. 386—415.) — Insbesondere ist auch der Artikel: Chorepiscopus bei Du Fresne zu beachten.

2) Die Ableitung von χορός (Sängerchor u. s. w.) bei Rhab. Maurus de institut. sacerdotum I 15. u. And. ist falsch.

3) So z. B. J. H. Böhmer diss. iur. can. ad. Plinii ep. etr. V. §. 8. p. 309.

4) Thomassin l. c. c. 1. §. 8: Chorepiscopos tria priora saecula habuisse nullos eosque noviter institutos esse.

5) S. Clem. Roman. ep. I. ad Corinth. c. 42.

6) S. Basilius M. ep. 142. 188.

7) Vergl. Philipp. Berterii diatriba I. cap. 6. (in Otto Thesaurus T. IV. p. 828), und Jac. Gothofredus zu c. 6. C. Th. de patrociniis vicorum. (11. 24.) Tom. IV. p. 186 sq.

Presbyteriums gewöhnlich ein Presbyter als Haupt der neuen Gemeinde abgesendet wurde, und wenn, was auch geschehen sein mag, der dorthin Geschickte mit bischöflichem Charakter versehen ward, so geschah dieß doch wohl stets unter gewissen Beschränkungen.

Die Frage, ob die Vorsteher der Landkirchen Bischöfe oder Presbyteren gewesen, wird übrigens natürlich erst seit der Zeit von Bedeutung, da diese beiden ordines selbst schon genauer geschieden werden können, was doch vor der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts nicht wohl thunlich ist [8]). Im dritten Jahrhundert finden wir aber den chorepiscopus schon bestimmt erwähnt in dem Schreiben des Bischofs Dionysius von Rom gegen Paul von Samosata[9]), indem darin unterschieden werden: *ἐπίσκοποι τῶν ὁμόρων ἀγρῶν τε καὶ πόλεων καὶ πρεσβύτεροι* —. Daß diese Landbischöfe dieselben Rechte geübt, welche den Episkopen der Städte zustanden, kann wohl nicht mit Grund bezweifelt werden, da wir auch später dieß anerkannt finden, jedoch unter gewissen nach und nach angeordneten Beschränkungen.

Im vierten Jahrhundert hatte sich der Episkopat schon mit größerer Bestimmtheit entwickelt und von den Städten aus wurden seitdem wohl nur Presbyteren als Vorsteher neuer Landkirchen abgeordnet[10]). Die einmal vorhandenen Bischöfe suchte man aber zu beschränken, indem man es nicht für geziemend hielt, daß bloße Dorfkirchen einen Bischof an der Spitze hätten [11]). Dazu kamen noch Mißbräuche [12]) und das Bestreben den Diöcesanverband fester zu entwickeln. Doch erfolgten die hier eintretenden Veränderungen nicht überall zugleich und auch nicht in derselben Weise. Insbesondere müssen wir den Orient und Occident unterscheiden.

Im Orient wird die untergeordnete Stellung der Chorbischöfe zuerst um das Jahr 314 behauptet, indem die Synode zu Neucäsarea [13]) die Ansicht aufstellt, daß, während die Bischöfe Nachfolger der Apostel, die Chorbischöfe gewissermaßen die der 70 Jünger des Herrn seien, und daher nur vicarii episcoporum[14]). Sodann verordnete die Synode zu Ancyra [15]), daß die Landbischöfe nicht Presbyteren und Diaconen weihen sollten, was die Synode zu Antiochia im J. 341[16]) da-

---

8) Baur, über den Ursprung des Episkopats, S. 66 flg.

9) Eusebius hist. eccl. lib. VII. cap. 30.

10) Daher ist in den Quellen so oft von presbyteri ruris die Rede. Man s. z. B. c. 13. Conc. Neocaesar. (a. 314) in c. 12. d. XCV. Ja wir finden selbst einen: diaconus, regens plebem sine episcopo et presbytero (c. 77. Conc. Eliberitani a. 305.

11) M. s. Conc. Sardic. (a. 344) c. 6. Conc. Laodic. (a. 364 [?]) c. 57. in c. 5. dist. LXXX.

12) S. Basilius M. ep. 54.

13) c. 13. (in der bibliotheca iuris can. T. I. p. 40. — Bei Gratian (s. Anm. 10) ist der Canon nicht vollständig aufgenommen.

14) Man hat sie deshalb wie Weihbischöfe (s. den Art.) angesehen.

15) C. 13. (bibl. iur. can. T. I. p. 37.)

16) C. 10. (bibl. iur. can. T. I. p. 45.) Die Deutung Binterim's (a. a. O. S. 389 flg.), welcher statt in unaquaque parochia: in aliena pa-

hin deutete, daß dieß nicht ohne den Consens des Stadtbischofs, dem sie untergeben, geschehen dürfe. Gerade darin liegt eine wesentliche Herabsetzung, da die Ordinationsbefugniß am frühesten den Unterschied der Bischöfe und Presbyteren begründete [17]). Indessen erscheinen sie doch auch so noch immer über den Presbyteren stehend, werden auch wie Bischöfe consecrirt [18]), ertheilen literae pacificae (εἰρηνικαὶ) [19]), nehmen Theil an den Synoden, unterschreiben deren Acta [20]) u. s. w.

Seit der Mitte des vierten Jahrhunderts dachte man aber schon an eine förmliche Abschaffung der Chorbischöfe; denn das Concil von Sardica bestimmte im J. 344 (s. Anm. 11), es sollte kein Bischof mehr aut in vico aliquo aut in modica civitate ordinirt werden, ne vilescat nomen episcopi et auctoritas, und etwa zwanzig Jahre später das Concil von Laodicea, in Dörfern und auf dem Lande sollte man nicht Bischöfe, sondern περιοδευτὰς (visitatores) anstellen, und die bereits Bestellten sollten nichts ohne den Rath des Bischofs der Stadt unternehmen. Nach und nach verloren daher die Chorbischöfe ihre alte Bedeutung; doch finden wir sie noch im fünften Jahrhundert, wie z. B. auf dem Concil von Chalcedon 461 [21]), und später. In ihre Stelle traten nun allgemeiner Presbyteren oder auch Visitatoren [22]), Exarchen, als Inspectoren des Bischofs in bestimmten Kreisen [23]).

Im Occident finden wir die erste ausdrückliche Erwähnung der Chorbischöfe auf der Synode zu Riez (Concilium Rejense) im J. 439. Da nämlich Armentarius ohne Einwilligung seines Metropoliten zum Bischof in Gallien erhoben worden, erklärte die genannte Sy-

---

rochia lesen will, so daß der Chorbischof nur in seinem Sprengel alle Ordinationen verrichten durfte, ist schlechthin verwerflich, und bedarf keiner besonderen Widerlegung.

17) S. die Belege bei Bingham origines eccl. lib. II. cap. 3. §. 5. (T. I. p. 88 sq.)

18) C. 10. Antioch. cit. Hier ist bestimmt: der Bischof der Stadt soll sie consecriren. Dieß hat man so gedeutet, als ob nur Ein Bischof hier wirksam sei, während bei der sonstigen Consecration mehrere, in der Regel wenigstens drei, thätig sind. (So Wilh. Böhmer, die socialen Verhältnisse der christl. Kirche alter Zeit, Breslau 1836, 8., S. 233.) Nicht ohne Grund bemerkt aber van Espen (commentarius in canones et decreta iuris can. Colon. Agripp. 1755. fol.) zum c. 10. cit. (p. 145) daß der Stadtbischof nur als der wichtigste und zunächst befugte ausgezeichnet werde, der aber von anderen zu unterstützen sei. Daß dieß auch wirklich geschehen, lehren einzelne Fälle.

19) C. 8. Antioch.

20) So zu Neucäsarea, Nicäa und Ephesus.

21) Als Stellvertreter der Bischöfe unterschrieben sie das Concil.

22) S. über diese Zeltner diss. de theologo circuitore sive de periodeutis, Altorf 1718. Rheinwald, kirchl. Archäologie, §. 33, Anm. 7 und 14.

23) Daher gedenkt ihrer auch Johannes Scholasticus (Coll. Canonum tit. XXI. in der bibl. iuris can. T. II. p. 545), und stellt sie mit den Presbyteren nach den Bischöfen zusammen. Ebenso die Späteren, wie Harmenopulus epitome canon. sect. I. tit. 9. u. And.

node ihn für einen Chorbischof und gestattete ihm auch die Firmung der Neugetauften[24]). Gleich anfangs sah man also im Occidente die Chorbischöfe für geringer als andere an. Seit dem fünften Jahrhundert verbreiteten sie sich nun mehrfach in verschiedenen Ländern, jedoch nicht immer ohne Widerspruch. So wissen wir, daß in Spanien König Wamba einen Chorbischof eingesetzt hatte, dessen Institution aber die vierte Synode zu Toledo im J. 633 annullirte[25]).

Verschiedene Mißbräuche und deshalb entstandene Streitigkeiten veranlaßten im achten und neunten Jahrhundert im fränkischen Reiche besondere Untersuchungen über den eigentlichen Charakter und die Gerechtsame der Chorbischöfe. Um dieselben der bischöflichen Rechte, welche sie vermöge eigner Macht vollzogen, zu berauben, erdichtete man verschiedene Decretalen und Concilienschlüsse, um zu beweisen, daß sie nur im Auftrage der Bischöfe höhere als Presbyterialfunctionen vollziehen dürften[26]). Zur Vertheidigung der Chorbischöfe schrieb damals Rhabanus Maurus seine oben Anm. 1 genannte Abhandlung, in welcher er unter Anderem Folgendes bemerkt.

Miror, quomodo isti, qui hanc contentionem movent, ordinem chorepiscoporum tantum despiciant, ut paene eis nihil amplius dignitate presbyterorum tribuant, quum hoc nec novorum nec antiquorum nec etiam ipsis apostolorum dogmatibus consuetudinibusque conveniat. — Claret enim hoc, quod in his non ratio et humilitas, sed invidia atque superbia dominentur.

Seitdem erhielten sich die Chorbischöfe noch eine Zeit lang in untergeordneter Stellung, namentlich in Frankreich bis zum zwölften Jahrhundert, wo sie nach dem Berichte des Mabillon sich in Weihbischöfe veränderten[27]). In Irland finden sie sich bis um dieselbe Zeit. Auf einer Synode im J. 1152 ward dann angeordnet, daß nach dem Absterben derselben die noch vorhandenen Decane oder Archipresbyteren in ihre Stelle treten sollten, was im J. 1216 geschah, so daß die bisherigen sedes episcopales in decanatus rurales verwandelt wurden[28]).

Seit dieser Zeit finden sich Chorbischöfe noch

1) als bischöfliche Vicare oder Archipresbyteri und Archidiaconi, mit dem bevorzugten Titel. In der Diöcese Trier führten die fünf Archi-

---

24) C. 3. f. Mansi Coll. Concil. T. V.

25) S. den Anm. 7 cit. Berterius p. 829.

26) Einer Anführung der einzelnen Decrete u. s. w. bedarf es hier nicht, da dieselben vollständig von Thomassin l. c. cap. II. §. 1 sq.; Binterim a. a. O.; Kunst de fontibus et consilio Pseudo-Isidorianae collectionis comm. §. 19. p. 92, und Dessel ben de Benedicti Levitae collectione Capitularium, in Pertz Monumenta Germaniae T. IV. Append. p. 33, u. a. bezeichnet sind. Von diesen falschen Stellen finden sich bei Gratian c. 4. 5. dist. LXVIII.

27) S. Mabillon Annal. Benedictinor. lib. 38. Nr. 24, 25, und unter dem Art. Weihbischof.

28) S. Mansi Coll. Concil. suppl. tom. II. col. 866.

diaconen diesen Titel und unter ihnen der erste (tituli S. Petri maioris) Ober-Chorbischof [29]).

2) Als bloße Ehrentitel für manche Prälaten. So hieß z. B. der Presbyter in Mainz, welcher aus der Mitte der Domvicare an der zweiten Vesper des heiligen Stephanstages gewählt wurde [30]).

3) Nach der Ableitung von chorus wurde öfter der Vorsteher der Cantoren, des Chors, Chorbischof (chori episcopus seu inspector) genannt [31]).

Bemerkenswerth ist noch, daß beim Beginn der Reformation in England im J. 1536 Suffraganbischöfe, ganz dem Charakter der früheren Chorbischöfe entsprechend, eingeführt werden sollten [32]).

H. F. Jacobson.

Coadjutor [1]) (adjutor, cooperator) ist im Allgemeinen jeder Gehilfe eines Geistlichen, insbesondere aber derjenige, welcher einem Prälaten und vorzüglich dem Bischofe für den Fall seines Bedürfnisses beigeordnet ist. Wir beschränken uns auf die Betrachtung des bischöflichen Coadjutors, da die Grundsätze darüber auch im Wesentlichen für die der anderen, so weit sie noch vorkommen, anwendbar sind [2]).

Schon in der ältesten Kirche ging man von dem Grundsatze aus, daß bei Lebzeiten eines Bischofs für dessen Sprengel kein anderer oder zweiter gewählt werden dürfe [3]). Wenn daher ein Bischof durch Alter, Krankheit oder andere Umstände verhindert ward, die Verwaltung seines Amtes gehörig wahrzunehmen, dann sollten ihn benachbarte Bischöfe unterstützen, oder sonst ein Gehilfe auf einige Zeit eintreten (dispensator, intercessor, interventor) [4]). Auf den Antrag des Bischofs sollte

---

29) S. der Dom zu Trier oder Statuta des vormaligen erzbischöfl. Domcapitels zu Trier, Trier 1834, 8., S. 137, Anm. *) und die cit. Stellen.

30) S. Dürr diss. de episcopo puerorum, Mogunt. 1755, §. XXX. not. c, und bei Schmidt thesaur. iur. eccl. T. III. p. 78.

31) S. Synod. Colon. a. 1260. (Hartzheim Conc. Germaniae T. III. p. 592). Synod. Colon. a. 1536, P. III. cap. 3: Cantores, qui et chori episcopi (Hartzheim l. c. T. VI. p. 259).

32) Bingham l. c. §. XIII. (T. I. p. 202.)

1) Vergl. Thomassin vetus ac nova ecclesiae disciplina P. II. lib. II. c. 55—57 u. 59. Ant. Dadini Alteserrae dissertati iur. can. (ed. nov. cura Bertram, Halae 1777, 8.) lib. I. c. 1—8. Franc. Schmir consultationes canonicae de coadjutoribus et coadjutoriis perpetuis. Salisburgi 1727, 4. Köhler quaestio inaug. de coadjutoribus in Germania. Mogunt. 1787. Dazu noch die literarischen Nachweisungen bei Pütter, Lit. des Staatsrechtes, Bd. III. 686, 687. Klüber's Fortsetzung, Bd. IV. 532. Von den Quellen gehören besonders hierher: Qu. VII. Can. I. — Tit. de clerico aegrotante vel debilitato X. III. 6. in VI. III. 5.

2) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 7 de reform.

3) C. 5. 6. C. VII. q. I. (Cyprian c. a. 255). Conc. Nicaen. a. 325, c. 8: Ne una in urbe duo sint episcopi. — Daher durfte sich auch kein Bischof einen successor wählen. C. 23 Conc. Antioch. a. 332 (c. 3. 4. C. VIII. qu. I.) — Indessen finden sich schon früh doch Ausnahmen. (Man sehe die Beispiele bei Thomassin l. c. c. 55. Nr. 10. 12. c. 56. n. 1. 3. c. 57. n. 5 in fin. u. a.)

4) C. 1. C. VII. qu. 1. (Gregor I. a. 601.) Vgl. c. 13. 14. eod. (idem a. 599, 603.)

die Bestellung eines solchen durch das Provinzialconcil, den Metropoliten und den Landesherrn erfolgen [5]). In einzelnen Fällen wurde deshalb auch wohl der Papst angegangen [6]), welcher diese Angelegenheit nun als causa maior zu betrachten anfing und zu einem Reservatrechte erhob [7]). Die anfangs blos zeitige Annahme eines Gehilfen wurde ausnahmsweise zu einer dauernden und beständigen, selbst mit dem Rechte auf die Nachfolge, und so durch die Praxis das ältere Recht umgestaltet. Da aber überhaupt eine theilweise Vertretung durch coadjutores temporarii nicht mehr erforderlich erschien, da durch die Entwickelung der bischöflichen Verwaltungsbehörden diesem Bedürfnisse schon zur Genüge entsprochen war, wurden nur noch coadjutores perpetui bestellt, aber nicht mehr aus dem früheren Grunde, sondern besonders deshalb, um Zwistigkeiten und anderen Nachtheilen bei eintretender Sedisvacanz zu begegnen. Der Zweck der Annahme eines Coadjutors ging somit nur auf die Nachfolge im Bisthum.

Indem das Concil von Trient diese Rücksicht festhielt, verordnete es, daß nur bei Cathedralkirchen oder Abteien, nicht aber bei anderen Beneficien, in dringenden Fällen die Annahme eines in jeder Hinsicht fähigen Coadjutors nach vorangegangener causae cognitio des päpstlichen Stuhles erfolgen solle [8]).

Was nun das jetzige Recht betrifft, so ist der alte Unterschied der coadjutores temporarii und perpetui noch von Bedeutung. Jene kommen regelmäßig bei gewöhnlichen Beneficiaten vor (coadjutores seu vicarii), und werden von den Bischöfen, als päpstlichen Delegaten, bestellt [9]). Indessen werden auch bei theilweiser Verhinderung des Bischofs selbst zeitliche Coadjutoren angenommen. Es erfolgt die Annahme auf Verlangen des Prälaten mit Genehmigung des Capitels und der sonst Berechtigten, insbesondere des Landesherrn [10]). Ist der Bischof nicht im Stande deshalb einen Antrag zu machen (z. B. wegen Wahnsinnes), so wählt das Capitel selbst einen Coadjutor; weigert sich aber der Bischof im Falle des Bedürfnisses auf Verlangen des Capitels einen Coadjutor anzunehmen, so ist darüber mit Angabe aller Verhältnisse an

---

5) C. 12. C. VII. q. 1. (Paulinus a. 396.) c. 13. 14. eod. (vor. Anm.) Vgl. Thomassin l. c. c. 57. n. 4–6. 9. 11. c. 58. n. 6–9.

6) C. 13. 14. C. VII. q. 1. (Anm. 4.) c. 17. eod. (Zacharias ad Bonifacium a. 748.) (Vgl. Thomassin c. 57. n. 2. 7. 9.) c. 5. 6. X. de clerico aegrotante. (3. 6.) (Innocent. III. a. 1208, 1222.)

7) C. un. de clerico aegrot. in VI. (3. 5.) (Bonifac. VIII. a. 1298.)

8) Conc. Trid. sess. XXV. cap. 7. de reform. Vgl. Benedict. XIV. de synodo dioecesana lib. XIII. cap. 14.

9) Conc. Trid. sess. XXI. cap. 6. de reform.

10) Daß in partibus remotis, d. i. jenseits der Alpen die päpstliche Mitwirkung hierbei nicht erforderlich sei, folgt aus c. un. de clerico aegrot. in VI. (3. 5.) — Den landesherrlichen Consens fordert das österreich. Hofdecret vom 28. Mai 1782 (Helfert, von den Rechten und Pflichten der Bischöfe, I. 358). Preuß. allgem. Landrecht Th. II. Tit. XI. §. 1017. Vgl. auch die Bulle de salute animarum für Preußen.

den Papst zu berichten und dessen Entscheidung einzuholen [11]). Die Rechte des Coadjutors gehen auf die Wahrnehmung der Geschäfte, welche der Bischof zu verwalten nicht im Stande ist [12]). Veräußerungen des Kirchengutes sind ihm aber untersagt [13]). Er hat Anspruch auf Unterhalt aus den bischöflichen Einkünften [14]). Bei der Niederlegung der Stelle hat er Rechnung abzulegen.

Bei der Bestellung eines Coadjutors cum ope succedendi ist die Mitwirkung des Papstes stets erforderlich [15]). Im Allgemeinen ist man auch nach dem Concil. Trid. einer solchen Anwartschaft nicht günstig [16]). Die Rechte eines solchen coadjutor perpetuus sind im Allgemeinen, wenn nichts Näheres festgesetzt ist, nur iura honoris. Im Fall erfolgter Vacanz tritt er aber ipso facto in die Stelle ein [17]).

H. F. Jacobson.

Codicill. Codicilli [1]) heißen Briefe; im Erbrechte also Briefe des Erblassers, in denen er über seinen Nachlaß bestimmt. Da nun rechtlich der Erblasser Niemand mit seinen Verfügungen beschweren kann, dem er nicht wenigstens einen Theil seines Nachlasses zugewandt hat, so sind Codicille näher: Dispositionen auf den Todesfall enthaltende Briefe des Erblassers an den Erben, oder an einen titulo singulari Honorirten.

Juristisch war aber ein solcher bloßer Brief ursprünglich ebenso unverbindlich, als ein nur mündlich ausgesprochener Wunsch, da die Universalsuccession nur durch Erbeseinsetzung gegeben, und auch die Singularsuccession nach älterem Rechte nur in der Form des Legates, also gleichfalls nur im Testamente bestellt werden kann.

Das Bedürfniß, durch solche Briefe Dispositionen zu treffen, zeigte sich aber insbesondere, wo der Erblasser über seinen Nachlaß im Wesentlichen bereits testamentarisch verfügt hatte, und nur Nachträge [2]) diesem Testamente hinzufügen wollte. Die Errichtung eines neuen Testamentes war immer umständlich, konnte aber für die, in der Provinz vom Tode Uebereilten aus Mangel an der gehörigen Zahl fähiger Zeu-

---

11) C. un. cit. in VI.

12) Der Bischof kann diese keinem Anderen auftragen. Vgl. preuß. Landrecht cit. §. 1019.

13) C. un. cit. — c. 42. de electione in VI. (1. 6.) (Bonifacius VIII. a. 1299.)

14) C. 3. X. de clerico aegrot. (3. 6.) c. un. eod.

15) Ob ohne diese, mit bloßer landesherrlicher Bewilligung der Bischof sich einen Coadjutor bestellen könne, ist Gegenstand lebhafter Debatten bei Gelegenheit der Einsetzung des Freiherrn von Wessenberg zum Coadjutor von Constanz geworden. Vgl. die Liter. u. s. w. im Hermes 1820, Stück VI. S. 99 — 145.

16) Vgl. z. B. Concil. Salisburgense a. 1569. const. XV. (Hartzheim Conc. Germ. T. VII. p. 257.) S. auch Thomassin l. c. c. 59. Nr. 12.

17) Vgl. preuß. Landrecht a. a. O. §. 1021.

1) Regelmäßig wird das Wort in der Mehrzahl gebraucht L. 148. D. de verb. sign. Vgl. indeß Theod. Cod. VIII. 18. const. 7.

2) ἐλλιποῦς ἐν διαθήκῃ γνώμης ἀναπλήρωσις sagt Theophilus paraphr. II. 25. pr.

gen geradezu unmöglich sein. Daher bestimmte August, nachdem er die brieflichen Nachträge, die L. Lentulus zu seinem Testamente gemacht, als Erbe respectirt hatte, auf den Rath des Trebatius Testa, daß, wenn der Erblasser sich solche Nachträge im Testamente vorbehalten, sie also im Voraus confirmirt habe, dieselben als Ergänzung und als Theil des Testamentes gelten sollten [3]). Namentlich konnten also in solchen Urkunden Legate [4]) und directae libertates [5]) ertheilt und wieder adimirt [6]) und testamentarische Vormünder bestellt [7]); nicht aber Erben eingesetzt, sui heredes enterbt, pure geschehene Institutionen nachträglich von einer Bedingung abhängig gemacht werden, oder umgekehrt [8]).

Als allmälig die Fideicommisse, zuerst nur für Rom, dann auch für die Provinzen rechtlich wirksam wurden [9]), konnten allerdings in Codicillen ebensowohl wie in Testamenten verpflichtende Fideicommisse bestellt werden; eine besondere Beziehung zwischen Codicill und Fideicommiß bestand aber durchaus nicht.

Hatte der Erblasser, ohne sich im Testamente später zu machende Nachträge vorbehalten zu haben, Codicille errichtet, so waren dieselben durchaus unverbindlich; die in ihnen bestellten Fideicommisse genossen also nicht einmal den, den Fideicommissen sonst gewährten, Schutz, da

---

3) Pr. J. de codicillis. (2. 25.) Theoph. ibid.

4) Caius II. 270.

5) Paulus rec. sentent. IV. 14. §. 2. L. 96. §. 4. D. de legatis I. (30.) L. 41. §. 2. D. de legatis III. (32.) L. 12. D. de liberat. leg. (34. 3.)

6) Pr. J. de ademt. legat. (2. 21.) L. 2. §. 1. D. de condict. indeb. (12. 6.) L. 20. pr. D. de instructo vel instrum. leg. (33. 7.)

7) L. 30. pr. D. de adim. vel transf. leg. (34. 4.)

8) Caius II. 273. L. 6. pr. L. 10. L. 13. §. 1. D. h. t. (de iure codicillorum. 29. 7.) L. 2. L. 7. C. eod. (de codicillis. 6. 36.) Nach einer Verordnung Theodos des Jüngern vom Jahre 439, L. 21. §. 3. C. de testamentis (6. 23.) soll zwar das unvollendet gebliebene Testament, in welchem der Erblasser, im Gegensatz des früheren Testamentes, seine Intestaterben beruft, falls seine Aechtheit durch fünf vereidigte Zeugen bekräftigt wird, genügen, um jenes frühere Testament zu rumpiren; eine solche Verfügung, von der der Kaiser sagt, sie solle nicht als Testament, sondern als ultima voluntas intestati gelten, aber mit Roßhirt (die Lehre von den Vermächtnissen, I. 42—45.) einen Codicill zu nennen, ist durchaus unjuristisch. Theodos verlangt, daß die Disposition, von der die L. 21. handelt, in der Absicht ein Testament zu machen, angefangen, aber unvollendet geblieben sei, während ausdrücklich bezeugt wird, daß die Urkunde, die ein Testament zu werden bestimmt war (ohne Codicillarclausel) nicht als Codicill gelten kann. L. 1. D. L. 8. §. 1. C. h. t. coll. L. 13. §. 1. D. eod. Ein Codicill kann nur über Singularsuccession disponiren, während die Theodosische Revocation gerade umgekehrt nur die Universalsuccession ex testamento unwirksam macht, und der richtigeren Meinung nach in ihren übrigen Bestimmungen unwirksam bleibt. Endlich scheint für jene Revocation eine eigne rogatio testium nicht erfordert werden zu dürfen, da nicht erhellt, daß sie als Solennitätszeugen zugezogen sein müßten.

9) §. 1. J. de fideicomm. hered. (2. 22.)

die letzteren regelmäßig im Testamente auszusprechen waren, und die im Codicill bestellten, wie gesagt, nur insofern verbindlich waren, als jener durch die Confirmation für einen Theil des Testamentes galt. Immerhin mochte es aber als eine Art Gewissenspflicht angesehen werden, so bestellte Fideicommisse zu erfüllen, auch wurden sie nicht als tacita fideicommissa betrachtet; wenn der Onerirte sie also freiwillig erfüllte, so konnte weder ihr Object dem Empfänger als einem indignus, noch die Erbportion dem Onerirten zur Strafe entrissen werden[10]).

So war das Recht noch zu Anfang des zweiten Jahrhunderts gestaltet. Vor dem Schlusse desselben kam indeß das Princip zu unzweifelhafter Anerkennung, daß Fideicommisse, in was immer für einer Form sie ausgesprochen seien, den Onerirten bänden; woraus denn von selbst folgte, daß auch die Fideicommisse, welche in Codicillen, deren Errichtung der Testator sich im Testamente nicht vorbehalten, dem Testamentserben auferlegt waren, denselben verpflichteten. Ebenso mußte, als hiernächst auch dem Intestaterben Fideicommisse aufzuerlegen für zulässig erachtet ward[11]), den Codicillen an den Intestaterben, für welche also eine vorgängige Confirmation überall unmöglich war, verbindliche Kraft beigemessen werden. Diese beiden Arten der Codicille galten aber nur als Errichtungsarten der Fideicommisse, nicht als Theile eines Testamentes; Alles, was mithin nur im Testamente giltig geschehen kann, wie Ernennung eines Erben, Enterbung, Ertheilung von Legaten und Freiheiten und Bestellung eines testamentarius tutor, kann in ihnen mit voller Rechtskraft nicht geschehen. Dagegen genügt ein solcher Codicill zu allen per fideicommissum vorzunehmenden Dispositionen, also nicht nur zur Errichtung eines Singulatfideicommisses, sondern auch zur Berufung eines fideicommissarius heres, zur fideicommissarischen Substitution u. s. w.[12]) Da nun in der Erbeseinsetzung immer der Wunsch ausgedrückt liegt, daß der Berufene, wenn er auch nicht Erbe wird, wenigstens dem Inhalte nach die ihm zugedachte Portion erhalte, so wird die Institution, vorausgesetzt nur, daß der Erblasser unzweifelhaft nicht ein Testament, sondern einen Codicill errichten wollte, als Berufung zum Universalfideicommiß interpretirt[13]). Gleiches muß von dem Damnationslegat und dem sinendi modo relictum behauptet

---

10) Plinius epistolae II. 16. Vergl. mit J. A. Schneither diss. qua loca e Plinii iun. scriptis, quae ad ius civ. pertinent, recensentur, Groning. 1827, p. 73, 74.

11) Noch Caius, II. 248., spricht es als Regel aus: opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur, eiusque fidei committatur, ut — restituat. Erst späterhin fügt er hinzu II. 270: Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere. Vergl. auch Theophil. ad §. 1. J. de fideicomm. her.

12) Ulpian. fragm. XXV. 11. — Alle diese Unterschiede zwischen dem confirmirten Codicill und den beiden Arten des nicht confirmirten sind zwar durch die Justinianische Gleichstellung von Legaten und Fideicommissen minder bedeutend geworden, bestehen aber ihrem Wesen nach immer noch fort. Vergl. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen, I. 35—57.

13) L. 2. §. 4. L. 13. §. 1. D. h. t.

werden, und auch für die beiden anderen Formen [14]) und für die directa libertas [15]) führte das Princip des Neronianischen SC. [16]) zu demselben Resultate. Endlich wird der im nichtconfirmirten Codicille direct ernannte Tutor dem per fideicommissum Berufenen ausdrücklich gleichgestellt [17]).

Außer den Wirkungen, die der confirmirte Codicill als Theil des Testamentes, und der nichtconfirmirte, an den Testaments- oder Intestaterben gerichtete, als Constituirung von Fideicommissen hat, muß natürlich jeder Codicill diejenigen Folgen herbeiführen, welche jeder, selbst der stillschweigenden, Erklärung des betreffenden Willens beizumessen sind. Nimmt also der Erblasser im Codicill eine Exheredation, oder insbesondere im nichtconfirmirten Codicill eine legati ademtio vor, so wirkt zwar so wenig die eine als die andere direct, immer aber ist sie ein Zeichen veränderten Willens, welcher, wie er auch an den Tag gelegt sei, den Honorirten zum indignus macht [18]).

Umgekehrt sind von den Codicillen wieder die Urkunden zu unterscheiden, die gar keine selbstständige Verfügung enthalten, sondern nur die im Testamente ausgesprochenen Bestimmungen specieller angeben, die also keinen Nachtrag zum Testamente liefern, sondern nur eine dasselbe wesentlich ergänzende Beilage sind [19]). Hätte z. B. der Erblasser gesagt: mein Erbe soll meinen Hausarmen an zwanzig verschiedenen Tagen des Jahres eine Mahlzeit herrichten; die Namen der Armen, das Datum der Tage, und die Bestimmung der zu verabreichenden Speisen findet sich in einem besonderen Verzeichniß, — so wäre dieß Verzeichniß nicht ein Codicill, sondern eine Beilage der angegebenen Art. Daraus folgt denn auch, daß solche Beilagen Bestimmungen enthalten können, die im Codicill nicht mit Erfolg getroffen werden dürfen, z. B. den Namen des Erben (sogen. testamentum mysticum) [20]), wohin im alten testamentum per aes et libram die Testamentsurkunde selbst gehört.

Jeder Codicill geht als ein Brief nur denjenigen etwas an, an den er gerichtet ist. Ursprünglich konnte nun, wie gezeigt worden, der Codicill nur entweder an den Erben, der in dem, die Confirmation

---

14) Der Codicill ist immer als an einen Bestimmten gerichtet zu denken, und das Fideicommiß setzt voraus, daß der fides eines Bestimmten etwas committirt sei; daher ist das directe: relinquo eigentlich keine Form, in der Fideicommisse bestellt werden. Pauli receptae sententiae IV. 1. §. 6. Gleiches gilt also auch von den Formen des do lego- und des Präceptionslegates.

15) L. 47. §. 4. D. de fideicomm. libert. (40. 5.)

16) Caius II. 197.

17) L. 3. §. 1. D. de confirm. tutorib. (26. 3.)

18) Vgl. L. 37. §. 2. D. de legatis II. (31.)

19) L. 18. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.) L. 38. D. de cond. et demonstr. (35. 1.)

20) L. 36. L. 77. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 10. pr. D. de conditt. institut. (28. 7.) Vgl. Faber errores pragmaticorum dec. LXIX. err. 3.

des Codicills enthaltenden Testamente eingesetzt war, oder an den ebendaselbst honorirten Singularsuccessor gerichtet werden. Waren im Codicill nur die instituirten Erben angeredet, so waren die Substituten durch denselben ursprünglich nicht gebunden[21]). Waren also sämmtliche instituti ausgefallen[22]), wohin jedoch der Fall noch nicht gehört, in dem sie sämmtlich indigni sind[23]), so galt der Codicill, sowohl in Ansehung der in ihm ertheilten Legate, als ausgesprochenen Ademtionen, als gar nicht vorhanden; hatte dagegen von den heredes primi gradus Einer seinen Erbtheil wirklich erworben, an die Stelle des Anderen aber war ein Substitut getreten, so hing die Frage, ob der Erste die im Codicill auferlegten Lasten allein vollständig zu übernehmen, oder ob er nur die Hälfte davon zu tragen habe, die andere Hälfte aber untergehe, von der Beantwortung der ferneren factischen Frage ab, ob der Erblasser jenes onus seinen Erben schlechthin, oder, was damit gleichviel ist, den einzelnen berufenen Erben, eventualiter also auch jedem von ihnen vollständig, oder ob er es der Erbschaft als solcher habe auferlegen wollen[24]). Diese Grundsätze gelten indeß im neueren Rechte nur, wenn der Institut schon zur Zeit der Errichtung des Codicilles ausgefallen, die im letzteren auferlegte Last also, was ihn betraf, pro non scripta war; denn so oft jener Institut erst später starb, unfähig wurde oder ausschlug, hat der Substitut nach dem Rescript des Severus und Caracalla auch die Lasten des Codicilles an seinem Theile mitzutragen[25]).

Fortwährend ungiltig bleibt dagegen der Codicill, wenn das Testament, durch welches der Erbe berufen war, an den er gerichtet ist, entweder von Hause aus nicht zu Recht bestand, oder späterhin ruptum oder irritum ward[26]). Dieses gilt für den im Voraus confirmirten Codicill, weil nunmehr das Testament zusammengefallen ist, als dessen integrirender Theil er anzusehen war; es gilt aber auch für den nicht confirmirten, weil der testamentarische Erbe, an den seine fideicommissarischen Bestimmungen gerichtet waren, nun, wenigstens als solcher,

---

21) Deshalb pflegten die Codicille häufig sowohl an die instituti als an die substituti gerichtet zu werden. Z. B. L. 56. D. de fideicomm. hereditat. (40. 5.)

22) L. 3. §. 2. D. h. t.

23) Vgl. über diese und einige verwandte Fragen v. Löhr, im Archiv für civilist. Praxis, V. 385—398. Francke, Beiträge I. 148—158. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Pandektencommentar, XXXIX. 79—115. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen, I. 15 flg.

24) L. 14. pr. §. 1. L. 15. D. h. t. Vgl. den trefflichen Commentar über diese Stellen bei Cujacius ad Africanum tract. II. in Opp. ed. Veneto Mutinens. I. 1108—1112. Der Meinung von Cujaz, daß auch im ersteren Falle der übriggebliebene institutus dem Honorirten, insofern er den Gegenstand der codicillarischen Honorirung zu mehr als der rata der Erbportion des Ersteren einfordern wolle, die doli exceptio entgegenstellen könne (vgl. unten Anm. 29) widerspricht, wie mir scheint mit Recht, Merill. variantes ex Cujacio III. 14. Opp. ed. Neapol. 1720, 4. II. 326—328.

25) Vgl. den Art. Anwachsungsrecht, Rechtslexikon I. 302.

26) L. 1. C. h. t.

nicht mehr vorhanden ist. Dabei ist indeß zu bemerken, daß in allen Fällen, in denen das Testament, wenn auch nicht nach Civilrecht, doch durch secundum tabulas bonorum possessio aufrecht erhalten wird, auch der Codicill bei Kräften bleibt. Daher gilt der Codicill desjenigen, dessen Testament durch Nachgeburt eines postumus rumpirt ist, wenn dieser postumus vor dem Tode des Erblassers stirbt, und ebenso der Codicill desjenigen, der sich später hat arrogiren lassen, aber vor seinem Tode wieder emancipirt ist[27]).

Verwandte Grundsätze gelten, seitdem überhaupt Codicille an Intestaterben für zulässig erachtet werden, auch in Betreff der mit den codicillarischen Verfügungen belasteten Intestaterben. Hat der Codicillant seine Rede nur an einen bestimmten Erben gewandt, oder ergibt sich aus den Umständen (wenn der Erblasser z. B. sein anderes Kind irrig für verstorben hielt, oder wenn ihm unerwartet später ein zweites nachgeboren ward), daß er nur einen bestimmten im Sinne hatte, so bindet der Codicill diejenigen, die sonst noch zur Succession kommen, nicht[28]). Derjenige aber, an den der Codicill ausschließlich gerichtet war, hat zwar der Strenge des Rechtes nach seinem Inhalte volle Genüge zu leisten; der Billigkeit zufolge schützt er sich indeß mit der doli exceptio gegen die Fideicommissare, die mehr als diejenige Quote der Vermächtnisse von ihm fordern, für welche die Erbschaft ihm geblieben ist[29]). Hat dagegen der Codicillant die fraglichen Fideicommisse in allgemeinen Ausdrücken seinen Erben schlechthin auferlegt, so binden dieselben nicht nur die zur Zeit der Anfertigung des Codicilles schon vorhandenen und bekannten, sondern auch die nachgeborenen und nachträglich bekannt gewordenen Erben[30]).

Wird nach Anfertigung des Codicilles ein Testament errichtet, werden also durch dieses Erben neu gerufen, so fällt der confirmirte Codicill als Theil des durch das neue Testament rumpirten früheren Testamentes zusammen. Aber auch der nicht confirmirte Codicill an den Testamentserben und der an den Intestaterben verliert seine Kraft, weil der in ihm Angeredete nun nicht mehr Erbe ist. Auch macht es darin keinen Unterschied, wenn der in dem rumpirten Testamente berufen Gewesene auch in dem rumpirenden eingesetzt, oder wenn der in dem Codicill angeredete Intestaterbe auch in dem nachfolgenden Testamente zum Erben eingesetzt ist; denn er ist doch immer nicht in der Qualität, in der der Codicill zu ihm redete, Erbe. Dagegen wird zwischen dem codicillus ad testamentum und dem ab intestato der Unterschied angenommen werden müssen, daß, während der erstere unwirksam bleibt, wenn auch das rumpirende Testament später durch Nichtantretung aller berufenen Erben destitutum, oder wenn es selbst wieder rumpirt wird,

---

27) L. 8. §. 3. D. h. t. vgl. mit L. 12. D. de iniusto rupto. (28. 3.) L. 11. §. 2. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.)
28) L. 1. §. 9. D. de legatis III. (32.)
29) L. 11. L. 12. L. 13. pr. L. 16. D. h. t.
30) L. 3. pr. §. 1. D. h. t.

ohne daß der Prätor aus ihm secundum tabulas bonorum poss. gäbe, der letztere aufrecht zu erhalten ist, so oft das der Intestatsuccession entgegengetretene Testament aus irgend einem Grunde nicht realisirt wird.

Diesem Ungiltigwerden des Codicilles kann der Codicillant gewiß dadurch im Voraus begegnen, daß er den Codicill ausdrücklich alternativ an den Testaments- oder Intestaterben richtet; er kann es aber auch ex post dadurch abwenden, daß er seinen Willen, den Inhalt des Codicilles trotz des späteren Testamentes aufrecht zu erhalten, ausspricht, wobei die allgemein confirmirende Clausel sowohl auf die schon früher errichteten, als auf die noch zu errichtenden Codicille bezogen werden soll[31]). Papinian wollte im letzteren Falle den Codicill nur dann als giltig betrachtet wissen, wenn das Testament[32]) eine ausdrückliche Bestätigung seines Inhaltes enthielte; Sever und Caracalla erklärten aber jedes Zeichen des conservatorischen Willens für genügend[33]), namentlich also auch einen dem Testamente nachfolgenden Codicill, der auf jenen früheren Bezug nimmt[34]). In diesem Sinne findet sich in den Pandekten eine dem Papinian zugeschriebene Stelle[35]), die also entweder späteren Ursprungs, oder von Tribonian auf Grund des Severischen Rescriptes interpolirt ist[36]). Eben weil aber diese Conservation durch jede unförmliche Erklärung des betreffenden Willens bewirkt werden kann, kann sie, auch wenn sie im Testamente selbst geschieht, nicht die Bedeutung einer eigentlichen (d. h. vorausgehenden) Confirmation haben[37]). Daraus folgt also, daß die im codicillus ab intestato, oder in dem, zu einem früheren Testamente gemachten, bestellten Legate, directe Freiheiten und tutoris dationes durch die Genehmheißung im nachfolgenden Testamente nicht als solche Wirksamkeit erhalten, sondern immer nur als fideicommis-

---

31) L. 18. D. h. t. coll. L. 6. C. eod. — Wenn L. 8. D. h. t. sagt: Conficiuntur codicilli quatuor modis: aut enim (1.) in futurum confirmantur, aut (2.) in praeteritum, aut (3.) per fideicommissum testamento facto, aut (4.) sine testamento, so erklären sich der erste und vierte Fall von selbst; der zweite ist der hier in Frage stehende des rumpirten Codicilles, das auf Grund eines indicium retentae voluntatis aufrecht erhalten wird. Der dritte Fall dagegen (per fideicomm. conficiuntur) ist von dem, ohne vorgängige Confirmation, an den zuvor berufenen Testamentserben gerichteten Codicille zu verstehen.

32) Die Institutionen (§. 1. h. t.) sagen nur allgemein: speciali voluntate; Theophilus dagegen paraphrasirt: ἰδικῶς ἐν τῇ διαθήκῃ, worüber er, meines Erachtens mit Unrecht, von Schrader in den Noten zur Institutionenausgabe getadelt wird.

33) L. 1. C. h. t. nennt literae.

34) §. 1. J. cit.

35) L. 5. D. h. t.

36) Vgl. Schrader l. c. und Roßhirt, von den Vermächtnissen, I. S. 7, 8, in den Anm. Ueber das Zeitalter von Papinian's Responsen vergl. Witte in Gruber und Ersch Encyclopädie Art. Papinian, S. 147. Anm. 56.

37) Die Mehrzahl unserer Rechtsgelehrten ist entgegengesetzter Ansicht.

sarische Dispositionen gelten können. Daß es sich wenigstens nach älterem Rechte so verhalte, ergibt sich auch schon aus dem Princip der Catonianischen Regel. Nur in dem einen Falle dürfte jener Satz eine Ausnahme erleiden, wenn der Codicill schon von Hause aus ein durch ein früheres Testament confirmirter gewesen war, und nur in dieser seiner Wirksamkeit durch das neue Testament erhalten werden sollte.

Durch Errichtung eines neuen Codicilles wird der ältere nicht rumpirt; mehrere Codicille können also, sich gegenseitig ergänzend, füglich neben einander bestehen. Nur wenn ihr Inhalt materiell unvereinbar ist, geht der neuere vor[38]).

Codicille ab intestato stehen in Betreff ihrer Giltigkeit zu keiner anderen Urkunde in Beziehung, werden also in jeder Hinsicht ganz für sich beurtheilt. Nichtconfirmirte Codicille ad testamentum hängen, wie oben gezeigt worden, in der Art von dem Testamente ab, daß nur der testamentarische Erbe, an den sie gerichtet sind, zu ihrer Erfüllung gehalten ist; in dieser Beziehung kann man also auch von ihnen sagen, daß sie aus dem Testamente ihre Kräfte erhalten[39]). Die in ihnen ausgesprochenen fideicommissarischen Dispositionen aber sind selbstständig, und werden, schon weil die Catonianische Regel Fideicommisse nicht mit umfaßt, nicht nach der Zeit der Testamentserrichtung, sondern nach der ihrer Anordnung im Codicill und ihrer Realisirung beurtheilt.

In einem ganz anderen Sinne[40]) sagt man also, daß im Testamente (zum Voraus) confirmirte Codicille aus jenem alle ihre Kraft und Bedeutung erhalten, denn dieselben sind ja integrirender Theil des Testamentes. Daher gilt die dem Sclaven ertheilte directa libertas, wenn er nur bei der Testamentserrichtung im Eigenthum des Erblassers war, sollte er dieß auch zu der Zeit, wo der Codicill angefertigt ward, nicht mehr sein, und umgekehrt[41]). Ebenso ist das, dem Sclaven des Erblassers ertheilte, Legat, giltig, wenn dem Sclaven nur in dem späteren Codicill die Freiheit gegeben war[42]). Natürlich gilt indeß dieser Satz aus dem oben angeführten Grunde für Fideicommisse auch dann nicht, wenn sie in einem confirmirten Codicille bestellt sind[43]).

Auch für die Legate erleidet indeß jene Regel mehrfache Ausnahmen. Zunächst gilt das Vermächtniß, das einem Honorirten hinterlassen ist, der zwar zur Zeit des errichteten Testamentes noch lebte, aber vor Anfertigung des Codicilles starb, nicht als in causa caduci, mit-

---

38) §. 3. J. h. t. L. 6. §. 1. D. L. 3. C. eod.

39) L. 3. §. 2. D. h. t.

40) Diese Unterscheidung pflegt sich bei unseren Juristen nicht zu finden; ihnen heißen confirmirte Codicille im vollen Sinne des Wortes auch die dem Testamente vorausgegangenen und durch dasselbe aufrecht erhaltenen.

41) L. 2. §. 2. D. h. t., wo das „non“ in den Worten: non recte libertas directa datur zu tilgen ist. Vgl. Schulting et Smallenburg notae ad digesta V. 177.

42) L. 8. §. 5. D. h. t. coll. L. 6. §. 2. D. quando dies legatorum (36. 2.)

43) L. 2. pr. D. h. t. vgl. mit L. 5. §. 1. D. de rebus dubiis (34. 5.)

hin als dem Aerarium verfallen, sondern pro non scripto[44]). Umgekehrt ist sowohl Vermächtniß als ademtio, wie bereits erwähnt worden, ungiltig, wenn der Onerirte zwar tempore conditi testamenti, bei Errichtung des Codicilles aber nicht mehr am Leben war[45]). Ferner findet die lex Aelia Sentia über Freilassungen in fraudem creditorum keine Anwendung, wenn der Erblasser zwar, als er das Testament errichtete, zahlungsunfähig, zur Zeit der Anfertigung des die Manumissionen enthaltenden Codicilles aber solvendo war[46]). Ebenso gilt der Codicill des Soldaten als ein militärischer, also dem Abzug der Falcidia nicht unterworfener, wenn gleich der Codicillant bei Errichtung des confirmirenden Testamentes noch paganus gewesen war[47]), umgekehrt aber wird die Falcidische Quart von den Legaten abgezogen, die der wieder Nichtsoldat Gewordene in dem Codicill angeordnet, welchen er in dem zur Zeit seines Soldatendienstes errichteten Testamente im Voraus confirmirt hatte[48]). Endlich ist der von dem römischen Bürger, als er in Rom war, zum Voraus im Testamente confirmirte Codicill ungiltig, den er später in feindlicher Gefangenschaft aufrichtet[49]).

Andere Ausnahmsfälle gegen die obige Regel faßt Marcian[50]) in dem Princip zusammen, alles rein Factische in den codicillarischen Verfügungen werde nach der Zeit des errichteten Codicilles und nicht nach der des Testamentes beurtheilt. Sagt also der Codicillant: die Bücher, die ich besitze, so sind darunter diejenigen zu verstehen, die er gegenwärtig besitzt, nicht diejenigen, die er bei Errichtung des confirmirenden Testamentes besaß[51]).

Die Errichtung der Codicille anlangend versteht sich das Princip, daß der Codicillant testamenti factio haben und auch factisch zur Errichtung eines Testamentes qualificirt sein müsse, für die confirmirten Codicille, und für die nicht confirmirten ad testamentum von selbst. Und zwar muß diese Fähigkeit dem Codicillanten nicht etwa nur zur Zeit der Errichtung jenes Testamentes, sondern auch zu der des Codicilles beiwohnen[52]). Aber auch für die Codicille ab intestato ergibt sich das gleiche Erforderniß aus dem allgemeinen Princip, daß Fideicommisse, welche ja ausschließlich in solchen Codicillen enthalten sind, nur von dem zur Testamentserrichtung Fähigen bestellt werden können[53]).

---

44) L. 2. §. 1. L. 6. §. 4. L. 14. pr. §. 1. D. h. t.
45) L. 14. cit.
46) L. 4. D. h. t. vgl. mit L. 1. C. de testam. manum. (7. 2.)
47) L. 8. §. 4. D. h. t. coll. L. 96. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)
48) L. 17. §. 4. D. de testam. milit. (29. 1.)
49) L. 7. pr. h. t. vgl. mit L. 12. §. 5. D. de captivis et postlim. reversis. (49. 15.)
50) L. 7. §. 1. D. h. t.
51) Vgl. Roßhirt, von den Vermächtn. I. 10. in den Anm.
52) L. 2. §. 3. L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. L. 9. D. h. t. L. 5. C. eod. vgl. mit L. 14. D. qui testamenta. (28. 1.)
53) Ulpian. fragm. XXV. 4. L. 6. §. 3. L. 8. §. 1. D. h. t.

Eine besondere Form für die Errichtung der Codicille ist dem Pandektenrechte unbekannt, da Fideicommisse völlig formlos bestellt werden[54]), und da die confirmirten Codicille zur Errichtung von Legaten u. s. w. nicht aus eigner Form, sondern aus dem confirmirenden Testamente geschickt werden. So wird ausdrücklich bekundet, daß ein Schreiben mit der eignen Hand des Codicillanten nicht erforderlich sei, ja daß selbst die derogatorische Clausel: der Codicill solle nur gelten, wenn er in einer gewissen Form aufgerichtet sei, den Codicillanten nicht binde[55]). Dabei versteht sich indeß von selbst, daß die Aechtheit der producirten codicillarischen Disposition von denen, die daraus Rechte herleiten wollen, nach allgemeinen Principien, in der Regel also durch zwei, bei der Errichtung gegenwärtig gewesene, Zeugen, erwiesen werden muß[56]); nur ist die Zuziehung solcher Zeugen in keiner Art ein Solennitätserforderniß.

Abweichend bestimmt eine Constantinische Constitution vom Jahre 326[57]), bei der Errichtung von Codicillen ab intestato sollen, wie bei Testamenten, sieben oder fünf Zeugen zugezogen werden. Danz[58]) nimmt an, hierdurch seien die Formen der damals noch getrennt bestehenden zwei Arten von Testamenten unverändert auf die Codicille übertragen worden, so daß nunmehr nur noch der Inhalt, nicht mehr die Form der Testamente und Codicille verschieden gewesen sei. Wenigstens in Betreff des civilrechtlichen Testamentes per aes et libram erscheint aber diese Annahme unzulässig; denn so sehr auch die rechtliche Bedeutung der feierlichen Acte des alten Civilrechtes im vierten Jahrh. verwischt sein mochte, so läßt sich doch unmöglich annehmen, daß der Gesetzgeber die familiae mancipatio als Form eines Geschäftes erfordert habe, das überall nicht die familia als eine ideelle Einheit, sondern nur einzelne Nachlaßstücke betraf. So kann denn Constantin nur von einer mündlichen, der familiae nuncupatio nachgebildeten, codicillarischen Erklärung[59]) vor 5, und von einer ähnlichen schriftlichen, dem prätorischen Testamente entsprechenden, vor sieben Zeugen reden, für welche beide dann allerdings alle bei der Errichtung eines Testamentes vorgeschriebenen Requisite zu wiederholen sind[60]).

Die 98 Jahr jüngere Verordnung Theodos II.[61]), die im Origi-

---

54) Ulpian. fragm. XXV. 3.

55) L. 6. §. 1. 2. D. h. t. vgl. mit L. 27. §. 1. D. de legatis III. (32.)

56) Entgegengesetzter Ansicht ist Roßhirt, von den Vermächtn. I. 16., unter Berufung auf die schon erwähnte Stelle des Plinius, aus der sich indeß gerade das Gegentheil ergibt.

57) Theod. Cod. IV. 4. const. 1.

58) (Gießner) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, XI. 222. vgl. mit Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, 5. Ausg. von Fritz, §. 448, Note r.

59) Mündlicher Codicill ist allerdings genau genommen eine contradictio in adiecto. Faber errores pragmaticor. dec. LXIX. error. 9. p. 407.

60) Vgl. L. 8. C. qui testam. facere (6. 22.) und Danz a. a. O. S. 229, 230.

61) Theod. Cod. l. c. const. 7. in der Hänel'schen Ausgabe aus der

nale nichts Neues in Betreff der Codicille bestimmt, ist im Justinianischen Codex[62]) so interpolirt, daß sie für jede letztwillige Verfügung außer dem Testamente, d. h. also für den Codicill, gleichgiltig ob derselbe ab intestato oder ad testamentum, ob er ein mündlicher oder ein schriftlicher sei, das Erforderniß der Zuziehung von 5 Zeugen generalisirt, und von diesen bei dem schriftlichen Codicill nur eine subnotatio, nicht aber Versiegelung erfordert[63]). Die ausgeschlossene Versiegelung macht auch die superscriptio, d. h. die Beischrift zu den Siegeln, überflüssig, so daß jene subnotatio nur von der Unterschrift verstanden werden kann, und kein Grund vorhanden ist, zu dieser noch einen, das Testament, auf welches die Unterschrift sich bezieht, näher bezeichnenden Beisatz zu erfordern[64]). Außerdem sind aber unbedenklich alle Requisite bei Errichtung von Testamenten auch hier zu erfordern: also nicht nur die im Gesetze selbst hervorgehobene unitas actus[65]), sondern auch die ausdrückliche Rogation der Zeugen[66]), das männliche Geschlecht derselben[67]) und die Unterschrift des Codicillanten, falls der Codicill nicht etwa ein holographer ist[68]). Auch ist kein Grund vorhanden, für den im Testamente zum Voraus confirmirten Codicill eine mindere, als die allgemein vorgeschriebene Form zu erfordern[69]). Umgekehrt sind aber die im Codicille Honorirten als unfähige Zeugen nicht zu erachten[70]).

Ungeachtet dieser Bestimmungen der christlichen Kaiser sind einzelne Folgesätze der alten Formlosigkeit der Codicille noch im Justinianischen Rechte stehen geblieben. Zunächst war es schon zur Zeit der Pandektenjuristen üblich, daß der Vater noch bei seinen Lebzeiten darüber verfügte, wie nach seinem Tode seine Kinder den Nachlaß unter sich vertheilen sollten. Eine solche Verfügung, die allerdings ihrer wesentlichen Bedeutung nach nur antecipiren sollte, was ohnedem der arbiter im familiae herciscundae iudicium gethan hätte, enthielt dennoch, insofern die den einzelnen Kindern zugewiesenen Objecte die Proportion der denselben zustehenden Erbtheile überschritten, Fideicommisse, war also

---

Wallerstein'schen Handschrift mit einem, in der lex romana Wisigothorum ausgelassenen Schlußparagraphen bereichert.

62) L. 8. §. 3. C. h. t.

63) Vgl. Danz a. a. O. S. 226—229.

64) Anderer Meinung ist Danz a. a. O. S. 239—241.

65) Vgl. Danz a. a. O. S. 237—239.

66) Vgl. Danz a. a. O. S. 232—237.

67) Vgl. die ältere Literatur bei Höpfner, Commentar §. 626, Anm. 6, S. 500.

68) Marezoll in v. Grolman und v. Löhr's Magazin für Rechtswissenschaft, IV. 162—165. Danz a. a. O. S. 241—244. And. Mein. ist Roßhirt, von den Vermächtn. I. 28.

69) J. H. Böhmer de codicillis absque testibus validis (in exercitat. ad Pand. T. V.). G. L. Böhmer ibid. in praefat. §. 14. 17. Schweppe, das römische Privatrecht, 4. Ausg. von Mejer, V. §. 890, S. 284, 285, Anm. 5.

70) v. Löhr, im Archiv für civilist. Praxis, II. 189, 190.

ein wahrer Codicill [71]). Diese divisio parentum inter liberos ist nun auch im Justinianischen Rechte, ohne an die Form der fünf Zeugen gebunden zu sein, stehen geblieben. Der richtigen Meinung nach kann sie mündlich auch jetzt noch ohne alle Form vorgenommen werden, und nur für die schriftliche Theilung erfordert Justinian zum Unterschiede des begonnenen, aber unvollendet gebliebenen Testamentes, Unterschrift des Codicillanten, oder sämmtlicher Kinder, unter denen getheilt werden soll [72]).

Ferner bestimmt Justinian in einer Constitution ohne Datum, die jedoch zwischen 531 und 534 erlassen sein muß [73]), wenn dem Erben, Legatar oder Fideicommissar ein Fideicommiß ohne Scriptur und ohne Zuziehung von Zeugen auferlegt worden, solle der Fideicommissar befugt sein, nach vorgängigem Gefährdeeid, von dem Onerirten einen Eid über das Bestehen einer solchen Verordnung und deren Inhalt zu erfordern, und das so zu bewirkende Geständniß des Onerirten diesen zur Erfüllung des Fideicommisses nöthigen (sogenanntes fideicommissum onerato praesenti iniunctum). Die neueren Juristen haben, insbesondere seit Löhr [74]), die Meinung der Glosse wieder aufgenommen, daß die Bestimmung Justinian's für schriftliche ebensowohl, als für mündliche Fideicommisse gelte, und im Zusammenhange mit L. 8. §. 3. cit. nur sagen wolle, jedes, wie immer ausgesprochene Fideicommiß sei für den Onerirten bindend, wenn der Honorirte dessen Bestehen und Inhalt durch Eideszuschiebung an den Onerirten beweise; eine besondere Form der Honorirung, also Zuziehung von fünf Zeugen bei Errichtung des Codicilles, sei aber nur erforderlich, wenn der Honorirte sich anderer Beweismittel bedienen wolle. Sie scheinen aber dabei zu übersehen, daß erstens Justinian in der Einleitung der Constitution ausdrücklich voraussetzt, das Fideicommiß sei sine scriptura bestellt, daß er zweitens auch in den Institutionen von dem Onerirten nur verlangt, er solle schwören, quod nihil tale a testatore audiverit, und daß drittens ein brieflicher, von Zeugen nicht beglaubigter Codicill, den Onerirten selbst immer noch in eben dem Zweifel läßt, um dessentwillen die Zeugenzuziehung überhaupt angeordnet ist, ob nämlich der angeblich vom Codicillanten geschriebene Brief wirklich von ihm herrühre; ein Zweifel, der bei der mündlichen Willenserklärung des Erblassers an den Onerirten natürlich wegfällt.

Karl Witte.

---

71) L. 20. §. 3. L. 39. §. 1. D. fam. hercisc. (10. 2.) L. 16. L. 21. C. eod. (3. 36.) L. 30. §. 3. D. de adim. vel transf. leg. (34. 4.)

72) Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

73) L. 32. C. de fideicomm. (6. 42.) vgl. mit §. 12. J. de fideicomm. hereditatt. (2. 23.)

74) Im Archiv für civ. Prax. II. 188, 189. Vgl. Schweppe a. a. O. §. 891, S. 287, Note a, und Mühlenbruch (der gleichfalls gegen diese Ausdehnung ist), Lehrbuch des Pandektenrechtes, 1. Ausg. §. 727, Anm. 5.

Cölibat ist im Allgemeinen der Zustand, im Besondern aber die Verpflichtung zur Ehelosigkeit[1]). Diese Pflicht besteht besonders für den römisch-katholischen Clerus.

Ein förmliches Gesetz, welches die Ehe verbietet, wenn Jemand sich dem Priesterstande widmete, finden wir in der vorchristlichen Zeit nicht. Dem jüdischen Hohenpriester war vielmehr die Ehe mit einer unbescholtenen Jungfrau zur Pflicht gemacht[2]) und die heidnischen Priester lebten in confarreirter Ehe, als diese feierliche Form schon selten geworden war. Doch wurde von den Epikuräern und Neuplatonikern die Ehelosigkeit gebilligt, von jenen, weil dadurch größere Freiheit erhalten, von diesen, weil Verunreinigung vermieden wurde. Die letztere Ansicht gab auch Veranlassung zur Förderung der Continenz für Priester vor Verrichtung besonders heiliger Handlungen[3]).

Das neue Testament enthält gleichfalls keine Bestimmung, welche den Cölibat gebietet. Die Apostel selbst waren auch zum Theil vermählt[4]), erklärten sich im Allgemeinen für die Ehe[5]) und legten sich das Recht bei, verheirathet zu sein[6]). Ebenso, wie dem Hohenpriester, wird auch dem Vorsteher einer Gemeinde die Ehe förmlich empfohlen[7]). Aus Armuth, wegen der Gefahr in den Verfolgungen oder wegen ihrer Individualität blieben indessen Manche unverheirathet, und bezogen sich auf den Ausspruch des Apostels: heirathen ist gut, nicht heirathen ist besser[8]). Schon während des zweiten Jahrhunderts verwarfen aber Einzelne die Ehen der kirchlichen Vorsteher gänzlich[9]), und

---

1) Aus der reichen Literatur über diesen Gegenstand führen wir nur folgende Schriften an: Thomassin vetus ac nova ecclesiae disciplina. P. I. lib. II. cap. 60—66. F. A. und Aug. Theiner, die Einführung der erzwungenen Ehelosigkeit bei den christlichen Geistlichen und ihre Folgen. Altenburg 1828, 2 Bde. 8. Carové, über das Cölibatgesetz des römisch-katholischen Clerus. Zwei Abtheilungen. Frankfurt a. M. 1832, 1833, 8. Derselbe, das römisch-katholische Cölibatgesetz in Frankreich und Teutschland. Offenbach 1834, 8. Die seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, besonders in der neuesten Zeit bei Gelegenheit der Forderung, den Cölibat aufzuheben, erschienenen Abhandlungen sollen unten genannt werden.

2) III. Moses, Cap. XXI. 13. 14.

3) Spencer de legibus Hebraeorum ritualibus. ed. Tubing. 1732, fol. p. 189 sq. Vergl. v. Bohlen, das alte Indien, I. 338 flg. Moritz Lieber, vom Cölibat. Frankfurt a. M. 1831, S. 8 flg. S. Anm. 10.

4) So Petrus Ev. Matth. VIII. 14. vergl. Marc. I. 29 flg. Luc. IV. 38. Wegen der anderen Apostel I. Corinth. IX. 5. vergl. J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. 3. §. 2—4., und Beveregius ad c. 5. Apostol. (patres apostolici ed. Cotelerius I. 462.). Die römische Curie ist übrigens gegen die Annahme, daß Paulus und andere Apostel verheirathet gewesen. S. Indicis librorum expurgandorum T. I. per Jo. Fr. Mariam Brasichellem. Romae 1607, 8. p. 116.

5) I. Corinth. VII.

6) I. Corinth. IX. 5. 6.

7) I. Timoth. III. 1.

8) I. Corinth. VII. 38.

9) Man vergl. die Nachweisungen bei Gonzalez Tellez ad c. 1. X. de summa trinitate (1. 1.) Nr. 12. Gieseler, Kirchengeschichte, I. §. 52, Note aa. bb.

da man Keuschheit von den Geistlichen fordernd, diese für gleichbedeutend mit Ehelosigkeit[10]) erklärte, fing man an, unverheirathete Personen bei der Besetzung höherer Stellen vorzuziehen. Man ließ sich daher auch öfter bei der Anstellung von Geistlichen versprechen, daß sie bei ihrer etwaigen Verheirathung ihr Amt niederlegen wollten. Dagegen wurden aber eben so häufig vermählte Personen ordinirt[11]) und festgesetzt, daß sie ihre Frauen nicht unter dem Vorwande der Religiosität verstoßen sollten[12]). Seit dem vierten Jahrhunderte entschieden sich auch bereits Synoden für den Vorzug der ehelosen Geistlichen[13]), während das Concil zu Nicäa (325) noch erklärte, daß es in jedes Willkür stehen müsse, ob er heirathen wolle oder nicht[14]) und das Concil zu Gangra (? 355—) befahl, daß man von Verehelichten Sacramente empfangen solle[15]). Dagegen erklärte sich aber im J. 385 Bischof Siricius von Rom für den Cölibat[16]), dessen Entscheidung auch allgemein gebilligt ward[17]). Die Ansicht wurde dadurch herrschend, daß wer unverheirathet ein höheres Kirchenamt übernommen, in demselben überhaupt keine Ehe mehr eingehen dürfe[18]). Daher wurden überhaupt jetzt Mönche vorgezogen[19]) und die Weltgeistlichen

---

10) Die Forderung der Enthaltsamkeit vom ehelichen Umgange zu gewissen heiligen Zeiten, vor der Verrichtung heiliger Functionen, findet sich auch zeitig in der Kirche. Man vergl. die Citate bei Augusti, Denkwürdigkeiten, I. 194. II. 13. Die Vorschrift des Concils zu Elvira bei Gratian c. 21. dist. II. de consecr.

11) Beispiele bei Cyprian (ep. 52), Sozomenus, Socrates hist. eccl. u. a.

12) C. 5. Apostol. vergl. c. 10. Conc. Ancyran. (a. 314) (c. 8. dist. XXVIII.). Leo I. a. 458 (c. 10. dist. XXXI.).

13) C. 33. Conc. Eliberit. (a. 313); c. 1. Conc. Neocaesar. (a. 314). (c. 9. dist. XXVIII.)

14) Auf den Rath des heil. Paphnutius aus Oberthebais ward so entschieden. S. c. 12. dist. XXXI. S. Socrates hist. eccl. I. 11. Sozomenus I. 23. Die Aechtheit dieser Berichte ist angefochten, aber nicht widerlegt von Berg, über das Eheband, S. 70 flg. — Das Concil erklärte sich zugleich gegen die *γυναῖκες συνείσακται*, mulieres subintroductae in c. 3. (c. 16. dist. XXXII.) Gegen diese schon eine Synode zu Antiochia v. J. 269 bei Eusebius h. eccl. VII. 30. u. a. (Vgl. Heinichen ed. Eusebii h. eccl. excurs. XIII. p. 418—437.)

15) Can. 4. (c. 15. dist. XXVIII.) gegen die Eustathianer gerichtet. Uebrigens wurde später die Ansicht, daß nur Unverheirathete das sacrificium missae bereiten könnten, entscheidend. Hieronymus apol. advers. Jovinianum: — se noverunt hostias offerre non posse, si operi serviant coniugali. — Origines homil. XXIII. in Numer. u. a.)

16) Ad Himerium Tarraconensem ep. I. cap. 7. (c. 3. 4. dist. LXXXII.), recipirt von Fulgent. Ferrandus tit. 16. u. a.

17) Innocenz I. im J. 404, 405 (c. 4—6. dist. XXXI.). Leo I. im J. 446 (c. 1. dist. XXXII.); 458 (c. 10. dist. XXXI.) u. a. Ebenso Synode Conc. Carthag. II. a. 390, c. 2. (c. 3. dist. XXXI. c. 3. dist. LXXXIV.) Carthag. V. a. 401, c. 3. (c. 13. dist. XXXII. c. 4. dist. LXXXIV.) u. a.

18) Canon. 25. Apostol.

19) S. mehrere Stellen in Can. XVI. qu. I. und Jacobus Gothofredus ad c. 32. C. Th. de episcopis et clericis. (16. 2.) Dieses Gesetz

entschlossen sich, um diesen nicht nachzustehen, leichter zum Cölibate. Doch finden wir noch immer vermählte Bischöfe.

Die Verpflichtung zur Ehelosigkeit ging übrigens auf die Bischöfe, Presbyteren und Diaconen, seit dem fünften Jahrhunderte auch auf die Subdiaconen[20]). Die niederen Cleriker durften aber auch noch im Amte, jedoch keine Wittwe und nicht zum zweitenmal, heirathen[21]).

Diese Grundsätze wurden durch den Staat bestätigt. Daß bereits Constantin dem Cölibate Vorschub geleistet, ist nicht zu leugnen; indessen milderte er die Gesetze gegen Unverheirathete nicht in der Absicht, Jenes zu thun[22]). Die Ehen der Geistlichen blieben darum längere Zeit nach der Reception des Christenthums im römischen Reiche nicht blos anerkannt, sondern den Frauen und Kindern der Cleriker wurden dieselben Immunitäten, wie diesen selbst, zugestanden[23]). Erst unter Justinian wurde den höheren Ordines, mit Einschluß des Subdiaconus, untersagt, eine Ehe im Amte einzugehen, sowie einen Verheiratheten, oder einen solchen, der Kinder und Enkel hatte, zum Bischofe zu weihen[24]).

Bei diesen Satzungen, welche das Trullanische Concil im J. 692 bestätigte[25]), blieb das griechische Kirchenrecht stehen. Hiernach können zwar Verheirathete, wenn sie nicht in einer zweiten Ehe leben oder mit einer Wittwe vermählt sind, bis zum Presbyterate ordinirt werden, denjenigen aber, die unverheirathet zu einem höheren Ordo gelangen, ist später die Ehe nicht mehr gestattet[26]). Heirathet ein sol-

---

selbst von 398, sowie Nov. Justiniani VI. c. 1. §. 7. (a. 535) sind hierbei bemerkenswerth.

20) S. Tot. dist. XXVIII. — c. 1. dist. XXXI. (Gregorius I. a. 591); c. 2. dist. XXXII. (Idem a. 594); c. 19. dist. XXXIV. (Conc. Agath. a. 506, c. 39.) u. a.

21) S. can. 26. Apostol. — c. 13. dist. XXXII. (Conc. Carth. V. a. 401, c. 3.); c. 15. eod. (Conc. Chalcedon. a. 451, c. 14.); c. 3. eod. (Gregorius I. a. 601) u. a.

22) S. c. 1. C. Th. de infirmandis poenis coelibatus (8. 16.) a. 320; c. 1. C. J. eod. (8. 58.) und Gothofredus ad c. 1. C. Th. T. II. p. 674 sq.

23) C. 10 u. 14. C. Th. de episcopis et clericis (14. 2.) (Constantius et Constans a. 353, 357). C. un. C. Th. de bonis clericorum (Theodosius et Valentinian a. 434).

24) C. 42. §. 1 u. 45. C. de episcopis et clericis (1. 3.) a. 528, 530). Nov. V. c. 8. (a. 535). VI. c. 1 u. 5. (daraus Auth. episcopi C. tit. cit.) (a. 535). Nov. XXII. c. 42. (daraus Auth. multo magis C. cit.) (a. 536). Nov. CXXIII. c. 1. 14. 29. (a. 546). Daß, mit Ausnahme des Bischofs, verheirathete Personen höhere geistliche Stellen erlangen konnten, beweist die Aufnahme der c. 14. C. Th. cit. (14. 2.) in c. 2. C., und der c. un. C. Th. (5. 3.) in c. 20. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) — Gegen die mulieres subintroductae (s. Anm. 14) erging ein Gesetz von Honorius im J. 420, in c. 44. C. Th. cit. (16. 2.) c. 19. C. J. eod. u. a. m.

25) C. 3. 6. 12. 13. 48. (Beveregii synodicon I. 159 sq. 162. 169 sq. 215.) M. s. besonders Balsamon zum 6. und 48. cit.

26) Die Sitte, welche sich gebildet hatte, daß unverheirathete Ordinirte noch in den zwei ersten Jahren eine Ehe schließen durften, schaffte schon Kaiser Leo durch Nov. 3 ab.

cher dennoch, so verliert er sein Amt, bleibt aber für diejenigen Functionen fähig, welche mit der Ehe noch vereinbar sind[27]). Stirbt die Frau eines verheiratheten höheren Ordinirten, so darf er, bei Verlust des Amtes, sich nicht wieder vermählen. Der Bischof soll unvermählt sein oder seine Gattin sich ins Kloster begeben[28]).

Die Bestimmungen der lateinischen Kirche wurden dagegen in größerer Strenge wiederholt und namentlich auch in Teutschland recipirt[29]), jedoch nicht allgemein befolgt[30]). Daher finden sich nicht nur noch immer verheirathete, ja in Doppelehen lebende[31]) Priester, selbst Bischöfe[32]), sondern noch mehr solche Cleriker, welche im Concubinate und im Inceste[33]) lebten. Auch die Gebote Alexander's II.[34]), unter welchem man sogar mit Untersuchungen gegen die Rechtmäßigkeit des den Geistlichen auferlegten Joches hervortrat[35]), und Leo's IX.[36]) blieben ohne Erfolg, und erst Gregor VII.[37]) gelang es, das Gesetz zu verwirklichen. Indem der Papst von dem Princip ausging: Non liberari potest ecclesia a servitute laicorum, nisi liberentur cle-

---

27) D. h. also wohl für die der niederen Ordines. Nov. Leonis 79. Balsam. zum c. 6. Conc. Trull.

28) C. 48. Trull. cit.

29) Die Gesetze verbieten theils den Geistlichen, fremde Frauenspersonen in ihrem Hause zu haben (Capitulare a. 742. c. 7. (Pertz monum. Germ. III. 17.) 744. c. 8. (eod. 21.) Cap. Aquisgran. a. 789. c. 4. (eod. 55.) Aquisgran. 801. c. 15. (eod. 88.) Cap. m. Martii 802. c. 24. (eod. 94.) Cap. Presbyterorum a. 806. c. 1. (eod. 138.) Cap. Ludov. Pii a. 817. c. 17. (eod. 208.) u. a. m. Concil. Mogunt. a. 888. c. 10. (Hartzheim conc. Germ. T. II. p. 372.) Concil. Augustan. a. 952. c. 4. (eod. p. 623.) u. a. bei Thomassin cit. cap. 65. Nr. 1. 2.), theils untersagen sie die Ehe selbst (Concil. Mogunt. a. 888. c. 19. (Hartzheim cit. II. 373.) Augustan. a. 952. c. 11. (eod. 623.) vergl. c. 1. 2. X. de cohabitatione clericorum et mulierum. (3. 2.)

30) Wenn die vita canonica allgemeiner hätte eingeführt werden können (s. den Art. Canonicus), so würde schon damals der Cölibat durchgesetzt worden sein.

31) Capit. Caroli M. a. 769. c. 5: Si sacerdotes plures uxores habuerint, — sacerdotio priventur, quia deteriores sunt saecularibus. (Baluzius I. 191. Pertz III. 33.) Vgl. Capit. lib. VII. c. 127. Selbst trigami und quadrigami finden sich (s. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des Kirchenrechtes, II. 1. §. 114, Note 322, S. 83, 84).

32) Beispiele bei Thomassin l. c. cap. 65, 66; Theiner a. a. O. passim; Münter, in den theolog. Studien und Kritiken, Jahrg. 1833, Heft 3, S. 746, Anm. a. u. a.

33) Concil. Moguntin. a. 888. c. 10. (Anm. 29. cit.): Saepe audivimus, — plurima scelera esse commissa, ita ut quidam sacerdotum cum propriis sororibus concumbentes, filios ex eis generassent.

34) C. 16—18. dist. LXXXI. Conc. Roman. a. 1063. c. 3. c. 11. dist. XXXII. (Nach Manchen Urban II. zugehörig.)

35) Dagegen schrieb Petrus Damiani de coelibatu sacerdotum. Vgl. desselben liber Gomorrhianus.

36) Theiner a. a. O. Bd. II. 21 flg.

37) Gieseler, Kirchengesch. II. 2. §. 47. Theiner, II. 159 flg. Carové, II. 193 flg.

rici ab uxoribus[38]), dehnte er die von Nicolaus II. im J. 1059 gegen die im Concubinate lebenden Priester erlassene Verordnung[39]), auf alle verehelichten höheren Geistlichen durch einen Schluß einer römischen Synode im J. 1074 dahin aus, daß jeder solcher Geistliche, der ein Sacrament verwalten würde, und jeder Laie, der aus der Hand desselben ein Sacrament erhielte, excommunicirt sein solle[40]). Ungeachtet der heftigsten Bewegungen ward nach diesem Decrete verfahren[41]). Die Ehen der Geistlichen selbst wurden übrigens anerkannt, und man beschränkte sich darauf, dem Geistlichen sein officium und beneficium zu entziehen[42]). Doch im J. 1119 und 1123 entschied Calixt II.[43]), daß so Verheirathete von einander getrennt werden, sowie Innocenz II. im J. 1139, daß die Ehe nichtig sei[44]). Obgleich dieser Grundsatz wiederholt bestätigt wurde[45]), fanden sich doch noch fortwährend verheirathete oder wenigstens im Concubinate lebende Cleriker[46]).

Das bestehende Verbot ging übrigens auch später nicht auf die niederen Ordines, weshalb auch die Päpste die Vereinbarkeit der Ehe derselben mit dem Kirchenamte aussprachen[47]). Zwar erklärten Alexander III. und Innocenz III.[48]), daß der Inhaber einer niederen Weihe durch Eingehung der Ehe seine Stelle und die Privilegien des geistlichen Standes verlieren sollte, doch stellte Bonifaz VIII. und Clemens V. das ältere Recht her, wenn diese Personen die Tonsur und die geistliche Kleidung beibehielten[49]).

Auf dem Concil von Trient kam die ganze Angelegenheit näher

---

38) Epist. lib. III. ep. 7.

39) Mansi Coll. Concil. XIX. 709. Vgl. Gieseler, Kirchengesch. II. 1. §. 30, Note h.

40) Das Gesetz selbst ist uns im Originale nicht erhalten, doch kennen wir die Festsetzung aus vielfachen späteren Bezugnahmen. S. c. 15. dist. LXXXI. und dazu die Correctores Rom. — Bertholdus v. St. Blasien Apologeticus super decreta Gregorii VII. (Labbé coll. concil. X. 315. Mansi XX. 403 sq. u. v. a.

41) Darüber vergl. man die Berichte der Zeitgenossen bei Gieseler, Theiner u. A. (Anm. 37) cit.

42) C. 10. dist. XXXII. (Urban II. a. 1089). C. 11. eod. (s. Anm. 34.)

43) Concil. Rhemense a. 1119. c. 5. Lateranense I. a. 1123. c. 21. (c. 8. dist. XXVII.)

44) Concil. Lateran. II. c. 7. (c. 40. C. XXVII. qu. 1.)

45) S. Thomassin cit. cap. 65. Nr. 4. (Concil. Remense a. 1148. c. 7. Abrincatense a. 1172. c. 1. Lateranense III. a. 1179 u. a.) Vgl. Tit. X. de filiis presbyterorum ordinandis vel non (1. 17.) in VI. (1. 11.) Tit. X. de clericis conjugatis (3. 3.) in VI. (3. 2.) Tit. X. qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt. (4. 6.)

46) M. s. z. B. das Decret Innocenz III. v. J. 1207 gegen die Priesterehe in Schweden, in dessen Briefen lib. X. ep. 147. (Vgl. Hurter, Innocenz III. Bd. II. S. 67, 68.) Andere Beispiele aus dem 13. bis 15. Jahrhundert bei v. Droste-Hülshoff, Grundsätze des Kirchenrechtes, II. 1. §. 114, Note 333, S. 86 flg. Theiner a. a. O. Bd. II. u. A.

47) Leo IX. a. 1045. (c. 14. dist. XXXII.)

48) C. 1. 2. 3. 5. 7. 9. X. de clericis conjugatis. (3. 3.)

49) C. un. de clericis conjugatis in VI. (3. 2.) a. 1298. — Clem. I. de vita et honestate clericorum (3. 1.) a. 1311.

zur Sprache. Der Herzog Albrecht V. von Bayern, der Herzog von Cleve und der Kaiser richteten an das Concil den Antrag, den Cölibat aufzuheben [50]), doch wurde demselben nicht nachgegeben [51]) und die Geistlichen, welche auf dem Concil den Antrag unterstützt hatten [52]), sowie die Legaten, welche darüber hatten verhandeln lassen, von Rom aus ernst zurechtgewiesen [53]) und das ältere Recht bestätigt. Die jetzt bestehenden Grundsätze der katholischen Kirche sind daher:

1) Eine verehelichte Person kann nicht ordinirt werden, denn die Ehe ist unauflöslich und mit einem (höheren) Ordo nicht vereinbar [54]). Eine Ausnahme tritt nur für den Ordinandus ein, dessen Frau in die Weihe des Mannes einwilligt und sich nach Ableistung des Gelübdes der Keuschheit ins Kloster begibt [55]).

2) Schließt Jemand, der einen höheren Ordo besitzt, eine Ehe, so ist dieselbe ipso iure nichtig und muß daher ex officio getrennt werden. Den Geistlichen trifft zugleich eine excommunicatio latae sententiae, er wird irregularis und vom Amte suspendirt. Indessen wird er nach übernommener Buße von der Excommunication und Irregularität befreit, und durch Dispensation des Bischofs zum Amte wieder zugelassen [56]).

3) Wenn ein clericus minoris ordinis heirathet, so ist die Ehe zwar giltig, officium und beneficium gehen aber ipso iure verloren und ebenso die Fähigkeit zu höheren Weihen [57]). In Ermangelung unverheiratheter Personen können aber auch verehelichte, vorausgesetzt daß sie in keiner zweiten Ehe leben, zu den niederen Weihen zugelassen werden [58]).

Demungeachtet, und obgleich das Concil von Trient [59]) die ältere

---

50) Pallavicini historia Conc. Trid. lib. XVII. c. 4. n. 8. lib. XXII. c. 10. n. 15. lib. XXIV. c. 12. n. 9. 10. Sarpi hist. Conc. Trid. lib. VII. c. 20.

51) Responsio ad petitum a Ferdinando Imperatore synodo Trident. propositum: bei Schellhorn amoenitates histor. II. 585.

52) S. Dudithi orationes in Conc. Trid. habitae. Joan. de Ludegna oratio in Conc. Trid. etc.

53) S. Sarpi Anm. 50 cit.

54) S. Anm. 43, 44. Dazu Conc. Trid. sess. XXIV. can. 9. de sacram. matrimonii.

55) C. 5 u. 8. X. de conversione conjugatorum (3. 32.) Alexander III. a. 1180). C. 8. X. de clericis conjugatis (3. 3.) (Innoc. III. a. 1212). C. 4. de temporibus ordinationum in VI. (1. 9.) (Bonifacius VIII. a. 1299). S. auch Stapf, Pastoralunterricht über die Ehe, S. 309, 310. (Ausg. VI. S. 275, 276)

56) C. 1. 4. X. de clericis conjugatis (3.5.). C. 1. 2. X. qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt (4. 6.) (Alexander III. a. 1180).

57) S. Anm. 48, verb. Conc. Trid. sess. XXIV. can. 9. de sacr. matrimonii.

58) S. Anm. 49, verb. Conc. Trid. sess. XXIII. cap. 17. verb. mit cap. 6. de reform. Indessen ist dieß nicht praktisch geworden, und die Functionen der niederen Ordines werden gewöhnlich von Laien oder zum Theil von den höheren Ordines verwaltet.

59) Sess. XXV. cap. 14. de reform.

Vorschrift wieder einschärfte, daß kein Geistlicher im Concubinate leben und eine Verdacht erregende nicht verwandte Frauensperson in seinem Hause haben sollte, ist auch später diesen Bestimmungen vielfach zuwider gehandelt worden, weshalb von Zeit zu Zeit eine Erneuerung derselben erfolgen mußte[60]). Es blieb aber nicht nur bei Uebertretungen des Cölibatgesetzes, sondern man erneuerte hin und wieder planmäßige Angriffe gegen dasselbe und die Gesuche um dessen Aufhebung. Dieß geschah besonders seit 1770[61]), dann 1787[62]), 1803[63]) und vorzüglich seit 1826[64]). Wiederholt sind deshalb Anträge an die Kammern in Baden[65]), Hessen[66]), Bayern[67]) Sachsen und anderen Län-

---

60) S. die Nachweisungen bei Theiner a. a. O. Bd. II. 2. S. 929 flg.

61) Vgl. Franz Anton Zaccaria, polemische Historie des heiligen Cölibats, welche einigen zu diesen Zeiten herausgekommenen Schriften entgegengesetzt wird. Aus dem Italienischen (Rom 1774) von Joh. Christoph Dreysig. Bamberg und Würzburg 1781, 8.

62) S. die Auszüge der Schriften dieses Jahres in: Kaspar Ruef, Repertorium der neuesten philosoph. und theolog. Literatur des katholischen Teutschlands, Bd. I. Ulm 1790, 8. S. 221 flg. Da Kaiser Joseph II. um Abschaffung des Cölibats gebeten wurde, fand er sich veranlaßt, durch ein Decret vom 11. Juni 1787 dieß abzulehnen.

63) Unterricht für das katholische Volk in Teutschland über die Aufhebung der Ehelosigkeit seiner Priester. Ulm 1808, 8. — Ueber den Antrag Napoleon's beim Papste s. m. Münch, Sammlung der Concordate, Bd. II. S. 34.

64) Carové a. a. O. I. 28 flg. M. s. die oben cit. Schrift der Brüder Theiner und darüber: v. Dittersdorf, Vertheidigung des Theiner'schen Werkes: die Einführung u. s. w. Breslau 1828. Braun, über die schriftstellerischen Leistungen des Herrn Prof. Theiner, nebst Angabe seiner Gründe für und wider den katholischen Priestercölibat. Bonn 1829. — Theiner, die katholische Kirche besonders in Schlesien u. s. w. 2. Ausg., Altenburg 1827, 8.

65) Im Jahre 1828 wurde die von den Professoren Zell und Amann verfaßte: Denkschrift für die Aufhebung des den katholischen Geistlichen vorgeschriebenen Cölibats, Freiburg 1828, (vergl. Beleuchtung der Denkschrift, Heidelberg 1828) vom Abgeordneten Duttlinger der Regierung vorgelegt, von der Kammer jedoch die Competenz abgelehnt (s. die badischen Verhandlungen der Ständeversammlung von 1828, Bd. VI. Hesperus 1828, Nr. 245 flg.). Als im J. 1831 Duttlinger den Antrag erneuerte, erklärte sich die Kammer für competent und beantragte eine Entscheidung durch eine Synode (vergl. Petition an die zweite Kammer der Landstände von 1831 und Antwort des Erzbischofs auf die Petition von 1828, Freiburg 1831, s. allgem. Kirchenzeitung 1831, Nr. 173, S. 1438, 1439, Nr. 174, S. 1447, 1448, Nr. 175, S. 1453 flg.; Hesperus 1831, Nr. 281). Auch hier griff das erzbischöfliche Ordinariat durch einen Erlaß vom 2. Sept. 1831 (Weiß, Archiv des Kirchenrechtes, III. 216—218; Lippert, Annalen, IV. 238, 289), sowie der Papst hindernd ein, und verwarf die Forderung des Laisirens (s. Anm. 70) in dem Erlasse vom 4. Oct. 1833 an den Erzbischof von Freiburg und dessen Suffraganen (s. allgem. Kirchenzeit. 1834, Nr. 174). Dennoch sind 1837 neue Anträge gemacht worden (allgem. Kirchenzeit. 1837, Nr. 160, S. 1317).

66) Hier erklärte sich im J. 1830 auf ergangenes Petitum die Kammer für competent, äußerte auch der höchsten Staatsbehörde den Wunsch um Aufhebung des Cölibats, beschloß aber das Beispiel eines größeren, und wo möglich katholischen Staates abzuwarten (allgem. Kirchenzeit. 1830, Nr. 98, 156; Hesperus 1830, Nr. 161, 184).

67) Hesperus 1831, 17, S. 66.

dern gemacht worden[68]). Es haben sich förmliche Vereine gebildet, um die Abschaffung zu erwirken[69]). Alle diese Bestrebungen[70]), selbst der Wunsch, daß eine Reduction für Priester in den Laienstand bewilligt werde[71]), sind erfolglos geblieben, und Gregor XVI. hat sich in seinem Umlaufschreiben vom 13. August 1832 aufs Entschiedenste dagegen erklärt[72]). Auch sind noch immer viele und bedeutende Stimmen für die Beibehaltung dieses Gesetzes laut geworden[73]).

Eine Aufhebung des Gesetzes würde übrigens, so lange Teutschland oder ein anderes Territorium mit Rom verbunden ist, ohne Mitwirkung der Curie nicht erfolgen können. Anders urtheilt hier freilich und zunächst in Beziehung auf Frankreich Carové[74]), indem er äußert: „Die große Juliwoche des vorigen Jahres vollendete, soweit es überhaupt in der Macht des Staates liegt, das von der ersten Nationalversammlung begonnene Reformationswerk, indem sie, den Widerspruch einer despotischen sogenannten Staatsreligion und Staatskirche und einer freisinnigen Staatsverfassung, Staatsgesetzgebung und National-

---

68) Im J. 1827 wurde von Brasilien aus der Papst deshalb angegangen; doch traten später der Bischof von St. Paul und Andere zurück. Im Januar 1835 wurde in Portugal ein Antrag der Kammer vorgelegt.

69) S. allgem. Kirchenzeit. 1831, Nr. 96, S. 808; Nr. 104, S. 878.— Nr. 103, S. 864; Nr. 108, S. 909.— Nr. 124; Nr. 198, S. 1639. Vergl. Wocher (Prof. am kath. Convict zu Ehingen), über die Bildung eines Vereins für die kirchliche Aufhebung des Cölibatgesetzes in Würzburg. Ulm 1831. — Dieser Verein wurde aufgehoben durch Gesetz v. 22. Juni 1831. Vergl. Münch, die Cölibatfrage in Teutschland auf ihrem neuesten Standpunkte, mit besonderer Beziehung auf das königlich württemb. Rescript von 1831, in Alexander Müller's Archiv für die neueste Gesetzgebung, Bd. IV, H. 2, Nr. 1. Mainz 1832.

70) Auch von Malta aus, worüber die interessante Schrift zu vergleichen: Carteggio sopra oggetti di religione fra il Reo. Giambattista Menna Missionario della congregazione de propaganda fide e duo sacerdoti Romani. Malta 1839.

71) Vergl. die katholische Kirche Schlesiens a. a. O. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhundert (Mainz 1830, 8.) S. 270 flg., und die daselbst cit. Lit. Dazu noch: J. J. Lang, über das Laisiren (in der tübinger theolog. Quartalschrift 1831, H. 2, S. 283—327). Vgl. Lippert, Annalen des Kirchenrechtes, III. 153 — 155. Werkmeister, über den Rücktritt kathol. Geistlicher höherer Weihen in den Laienstand. Neue Ausgabe, Karlsruhe 1833, 8.

72) Das Circular ist mehrfach gedruckt. In teutscher Uebersetzung in: Weiß Archiv des Kirchenrechtes, III. 307 flg. Die hierher gehörende Stelle, in welcher der Papst „die höchst schändliche Verschwörung wider den Cölibat der Geistlichen" verdammt, findet sich S. 314. In dem Anm. 65 cit. Erlasse von 1833 erklärt der Papst die Unmöglichkeit der reductio in statum laicalem wegen der Festsetzung des Conc. Trid. sess. VII. can. 9. de sacram in genere; vergl. sess. IV. can. 4.

73) M. s. z. B. v. Droste-Hülshoff, Grundsätze, II. 1. §. 116, 117. Walter, Lehrbuch §. 209. Dagegen C. Trefurt, der Cölibat aus dem Gesichtspunkte der Moral, des Rechtes und der Politik. Heidelberg 1826, 2. Ausg. 1831, 8. Münch, tuba mirum sonum spargens etc. Haag 1830, 8. Die Opfer des Cölibats. Neustadt 1831, 8. u. v. a.

74) Ueber das Cölibatgesetz I. 54. vergl. S. 129.

gesinnung erkennend —, den Kirchengesetzen, als solchen, jede staatsrechtliche Geltung entzog, und hiermit die Gerichte ermächtigte, das Cölibatgesetz, welches bis dahin die Priester sich zu verehelichen hinderte, als nicht mehr bindend anzusehen." Daß derselbe aber im Irrthume befindlich, hat der Fall des Priesters Dumonteil und Meslin im J. 1832 bewiesen. Es kann daher unter den bestehenden Verhältnissen der Geistliche nur dann eine Ehe eingehen, wenn er Dispensation erlangt, was für Subdiaconen öfter geschehen ist[75]), oder zur evangelischen Kirche übertritt[76]).

In der evangelischen Kirche[77]) besteht für die Geistlichen die Verpflichtung zum Cölibate nicht.

Schon ehe Luther in der Schrift: Ermahnung an Kaiserl. Majestät und den christlichen Adel teutscher Nation von des christlichen Standes Besserung, im J. 1520 sich ausführlich über die Zulässigkeit der Priesterehe aussprach, wurde von protestantisch gewordenen Geistlichen gegen das katholische Gesetz gehandelt. Bereits im Jahre 1518 vermählte sich Jacob Crathus zu Danzig, und Luther selbst bediente sich der evangelischen Freiheit im J. 1525[78]). Die symbolischen Bücher und dann die Kirchenordnungen[79]) bestätigten dieselbe allgemein.

---

75) Subdiaconen können ex causa privata dispensirt werden; Diaconen aber und Priester werden entweder gar nicht oder nur ob causam publicam dispensirt (Stapf, Pastoralunterricht über die Ehe, S. 361. ed. VI. S. 320). Beispiele bei J. H. Böhmer ius eccl. Prot. lib. III. tit. 3. §. 34. Carové a. a. O. I. 162 flg. u. a. Ueber einen Fall der Dispensation vom Diaconate behufs Eingehung der Ehe: Gieseler, Kirchengesch. Bd. II. Abtheil. 4. S. 175.

76) Die richtige Ansicht findet sich in der allgem. jurist. Zeitung 1829, Nr. 25, S. 100. Dieselbe wird auch durch einzelne Fälle bestätigt. So im J. 1838 in Holland der des Priesters Spaan (m. vgl. die lesenswerthe Schrift: Warum habe ich den Priesterstand verlassen und bin in den Ehestand getreten? von J. Th. Spaan. Aus dem Holländ. übersetzt, Leipzig 1838, 8.), im J. 1839 zu Freiburg der des Priesters Hene.

77) S. J. H. Böhmer ius eccl. Prot. III. 3. §. 16 sq. Planck, Gesch. des protestant. Lehrbegriffs, Bd. I. S. 259 flg., u. a. m.

78) Ueber Crathus s. H. F. Jacobson, Gesch. der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, Th. I. Bd. II. S. 228. Königsberg 1839, 8. Daher irren diejenigen, welche den Bartholomäus Bernhard von Feldkirchen (Dolscius) im J. 1521 für den ersten evangel. Geistlichen halten, welcher sich verheirathete. (S. J. H. Feustking diss. de primo sacerdote marito Lutherano, Barthol. Bernhardi. Witteb. 1703, teutsch 1705, 4. Dagegen Joh. Georg Kapp Barthol. Bernh. Feldkirch. pastorum evang. - Luth., qui tempore reformationis matrimonium inierunt, neutiquam, ut vulgo creditur, primus. Baruthi 1792, 4.) Die dem Bernhard beigelegte Apologie der Clerogamie ist übrigens wahrscheinlich von Melanchthon verfaßt. (S. Veesenmeyer in den theolog. Studien und Kritiken 1831, H. I, S. 125—130.)

79) S. augsburg. Confess. Art. 2, 5, 6, abusuum. Conf. Helvetica I. art. 37. II. art. 29. Bohemica art. 9. 19. Anglicana art. 8. 24. Saxonica art. 18. u. a. m. (m. s. die Zusammenstellung in der harmonia confessionum fidei [Genevae 1581, 4.] sect. XVIII.) Bemerkenswerth ist aber die Erklärung der Conf. Helvetica II. l. c.: Aptiores hi, qui donum habent coelibatus, sunt curandis rebus divinis, quam si privatis familiae negotiis distrahantur. Wegen den Kirchenordnungen s. m. Böhmer l. c.

Außer dem bisher erörterten Hauptfalle besteht noch öfter die Verpflichtung zum ehelosen Stande für das Verbleiben in einzelnen kirchlichen und anderen Stiftungen, meistens schon wegen des Zweckes dieser Institute, als Versorgungsanstalten zu dienen [80]). H. F. Jacobson.

Cöthen (Anhalt-), eines der drei anhaltischen Herzogthümer, besteht aus vier getrennt liegenden Landestheilen, von denen der größte die Hauptstadt Cöthen mit den Justizämtern Cöthen, Reinsdorf, Wulfen und Mönchen-Nienburg und der zweite das Justizamt Warmsdorf umfaßt, zusammen altcöthenscher Landesantheil genannt; den dritten und vierten Landesantheil — neucöthenscher Landesantheil genannt — bildet dagegen das Justizamt Roßlau nebst Lindau und Dornburg. Das Ganze enthält auf 15 □Meilen in 4 Städten, 1 Marktflecken, 99 Dörfern und 13 Vorwerken ungefähr 37,000 Einwohner. Die Haupt- und Residenzstadt ist Cöthen. — Dem Fürsten Ludwig war vermöge der Erbtheilung mit seinen Brüdern (s. Anhalt als Gesammthaus) der cöthensche Landesantheil zugefallen; dieser Fürst starb 1649 mit Hinterlassung eines Prinzen, Wilhelm Ludwig, nach dessen im J. 1665 erfolgtem Ableben das Land laut des Erbtheilungsvertrages von 1603 an die Nachkommen des bei der Theilung mit Gelde abgefundenen Fürsten August zu Plötzkau, Leberecht und Emanuel, fiel, welche hierauf Plötzkau wieder an die Linie Bernburg abtraten. Nachdem Beide jedoch bald wieder verstorben waren, kam Emanuel's Sohn, Emanuel Leberecht, 1692 zur Regierung, während dessen Minderjährigkeit dessen Mutter, Anna Eleonore, eine geb. Gräfin von Stolberg, die vormundschaftliche Regierung geführt hatte. Dieser verordnete für seine Regierungsnachfolger das Recht der Erstgeburt, ging 1704 mit Tode ab, und ihm folgte von seinen beiden Söhnen Fürst Leopold, welcher seinem Bruder August Ludwig das Amt Warmsdorf überließ, jedoch 1728 ohne männliche Erben verstarb, worauf das Fürstenthum an den Letzteren fiel, durch dessen Fürsorge des Landes Handel und Gewerbe sich sehr hoben. Seinem Sohne Karl Georg Leberecht, der von 1755 — 1789 regierte, gute polizeiliche Einrichtungen traf und in kaiserlichen Diensten zu Semlin in Ungarn starb, folgte dessen Sohn August Christian Friedrich, welcher 1807 die herzogliche Würde annahm, sein Land zu einem Herzogthum erhob, aus blinder Ergebenheit gegen den Kaiser Napoleon für dasselbe den Code Napoléon einführte und in dessen Folge den Rittergutsbesitzern das wohlerworbene Recht der Patrimonialgerichtsbarkeit, ohne Entschädigung dafür zu leisten, gewaltsamer Weise entzog. Dieser Regent, der nach Stenzel (Handbuch der anhalt. Geschichte, S. 287 flg.) sein Land in große Schulden und in eine nicht glückliche Lage versetzte, auch weder als Regent noch als Privatmann als ein Muster genannt zu werden verdient, verstarb im J. 1812 am 5. Mai, also ohne den Sturz seines Ideals zu erleben.

---

80) S. J. H. Böhmer III. 3. §. 23 sq. S. auch den Art. Canonicus.

Sein Nachfolger in der Regierung war Ludwig August Karl Friedrich Emil, der noch unmündige Sohn seines im J. 1802 mit Tode abgegangenen Bruders Ludwig, und, nachdem dessen Großvater, der Großherzog von Hessen-Darmstadt die Regierungsvormundschaft ausgeschlagen hatte, übernahm dieselbe als damaliger anhaltischer Senior, der Herzog Leopold Friedrich Franz zu Anhalt-Dessau, und nach dessen im J. 1817 erfolgtem Ableben, als anhalt. Senior der Herzog Alexius Friedrich Christian zu Anhalt-Bernburg. Ersterer suspendirte vom 1. Nov. 1812 abwärts die für Anhalt-Cöthen durchaus unpassende französische Verfassung, die anhaltischen Gesetze traten wieder in Kraft, doch blieben die Patrimonialgerichte eingezogen, die Gerade und das Heergeräthe ward aufgehoben, sowie die Bestimmungen über die Curatelen der Weiber und die Verfassung der israelitischen Glaubensgenossen und deren Gleichstellung mit christlichen Unterthanen. Ueberhaupt wurden die Landessorgen während der vormundschaftlichen Verwaltung der beiden anhaltischen Senioren möglichst vermindert. Im Jahre 1818 ging der unmündige Herzog mit Tode ab, mit ihm erlosch der Hauptstamm der anhalt-cöthenschen Linie und die Nebenlinie Anhalt-Cöthen-Pleß (in Oberschlesien), welche Friedrich Erdmann im J. 1765 gestiftet hatte, und in welcher jetzt dessen ältester Sohn Friedrich Ferdinand herrschte, kam zur Regierung. Dieser Ferdinand ging am 24. Oct. 1825 in Paris zur katholischen Kirche über, entsagte aber dessenungeachtet dem kirchlichen Hoheitsrechte über die lutherische und reformirte Kirche seines Landes nicht, schloß sich 1828 dem preußischen Zollverbande an, gab unter gewissen Modificationen den Rittergutsbesitzern zu Neeken, Gariz und Thurau die Patrimonialgerichtsbarkeit zurück, glich überhaupt manche aus der Regierung des Herzogs August Christian Friedrich herstammende Unbilde wieder aus und ertheilte für sein Land mehrere weise gesetzliche Verordnungen. Dieser Herr verstarb im J. 1830 ohne Nachkommen, und ihm folgte in der Regierung der herzoglich anhalt-cöthenschen Lande sein Bruder, der Fürst Heinrich zu Anhalt-Cöthen-Pleß, geb. am 30. Juli 1778, welcher zugleich die Regierung dieser freien Standesherrschaft seinem jüngeren Bruder abtrat. Der jetzt regierende Herzog Heinrich zu Anhalt-Cöthen, ein wirklich musterhafter Regent, ist seit dem 24. März 1834 Senior des herzoglichen Gesammthauses Anhalt und bisher ohne Kinder.

Der Titel des regierenden Herzogs ist: regierender Herzog zu Anhalt, Herzog zu Sachsen, Engern und Westphalen, Graf zu Ascanien, Herr zu Bernburg und Zerbst. Das herzogliche Cabinet ist in ein Cabinet für das Herzogthum und in ein Cabinet für die auswärtigen Besitzungen getheilt und alle an den Herzog gerichteten Gesuche gelangen an dasselbe. Der Hofstaat ist einem Obersthofmeister und einem Hofmarschall untergeordet. Das herzoglich anhalt-cöthensche Wappen ist im kleinern Siegel ganz so, wie es Anhalt-Bernburg führt; im größeren und vollständigen Wappen führt es noch die sämmtlichen sechs offenen Helme mit den Zierrathen des fürstlich anhaltischen Wappens und als Schildhalter die beiden Bären. Anhalt-Cöthen hat als teut-

scher Bundesstaat 329 Mann Infanterie zum Bundescontingent zu stellen.

Durch den Herzog August Christian Friedrich war, wie oben gesagt wurde, unterm 28. Dec. 1810 eine neue Staats- und Rechtsverfassung, ganz nach dem Muster der französischen eingeführt worden; da sie aber weder dem Geiste des großen Musters, noch dem Umfange des Landes angemessen war, so wurde sie nach des Herzogs Tode durch das Reorganisationspatent vom 24. Oct. 1812 (Gesetzsammlung Nr. 238, S. 249), während der vormundschaftlichen Regierung des Herzogs Franz von Dessau wieder aufgehoben, und die frühere Staats- und Justizverfassung mit einigen Abänderungen wieder hergestellt. So ist denn jetzt die oberste Behörde des Herzogthums die seit 1819 eingesetzte Landesadministrationscommission, von 1823 an Landesdirection genannt, welche dermalen aus dem Regierungspräsidenten, dem Kammerdirector und einem geheimen Finanzrathe besteht und das geheime Cabinet bildet. Dieselbe hat über alle an den Herzog eingehende Berichte und Eingaben der Landescollegien, über alle Gesuche und Bittschriften der Unterthanen und Ausländer, über die Communicationen auswärtiger Höfe und Behörden, welche ihr vom Herzog vorgelegt werden, ihr Gutachten abzugeben, und dem Herzog darüber Vorträge zu machen, zu deren Begründung sie auch die nöthigen Berichte und Acten von den Behörden fordern darf. Bei etwaiger Abwesenheit des Herzogs aus dem Lande hat sie auch die currenten Regierungsgeschäfte zu besorgen. Oberstes Landesjustizcollegium und oberste Polizeibehörde ist die Landesregierung zu Cöthen, die jetzt aus einem Präsidenten, vier Räthen, einem Assessor, einem Regierungs- und einem Canzleisecretär, sowie zweien Canzellisten besteht. Sie bildet die erste Instanz für die schriftsässigen Personen und Grundstücke, deren zweite Instanz das Rechtsmittel der Leuterung und dritte Instanz, je nach der Willkür der Parteien entweder Oberleuterung oder Oberappellation ist; sie übt die freiwillige Gerichtsbarkeit über dieselben aus und hat in dieser Hinsicht das Nachlaßregulirungs-, Depositen-, Concurswesen u. s. w. Sie ist ferner die zweite Instanz für die Amtssassen, von ihr geht die Oberappellation als dritte Instanz an das Oberappellationsgericht in Zerbst, und sie hat die Aufsicht über den Magistrat der Residenz und sämmtliche Justizämter, welche letztere in allen wichtigen peinlichen Sachen, wo über vier Wochen Gefängniß und über zehn Thaler Geldstrafe zu erkennen ist, die Acten an dieselbe einsenden müssen, so daß sie für diese Sachen die erste, das Oberappellationsgericht in Zerbst aber die zweite Instanz bildet, von welcher nicht weiter appellirt werden kann. Als Lehnscurie liegt ihr das Lehnswesen über alle Ritter- und Mannlehngüter, sowie einzelne Mannlehnstücke und Erbzinsstücke, insofern letztere nicht zum Ressort der Untergerichte gehören, ob. Endlich als Hauptadministrativcollegium hat die Landesregierung die verwaltende und gerichtliche obere Polizei zu besorgen, führt die Oberaufsicht über das Stipendien-, Medicinal-, Armen- und Gerichtsgelderwesen, das Paßwesen, Handwerks- und Innungssachen, und besorgt das Feuersocietäts-

cassenwesen. Außerdem hat sie die im Justizfache Anzustellenden zu prüfen, zu verpflichten, übt die Disciplinargewalt über die Angestellten aus, entscheidet in Competenzstreitigkeiten der Unterbehörden und redigirt die Gesetzsammlung. Unter derselben als Oberpolizeibehörde steht auch die Direction des Medicinalwesens, welcher nicht allein das Medicinalwesen im engeren Sinne, sondern auch die Medicinalpolizei obliegt, und welche alle beim Medicinalwesen anzustellenden Personen prüft, und die Aufsicht, jedoch ohne Ausübung der Gerichtsbarkeit über dieselben, führt. Gleichen Rang mit der Landesregierung hat das von zwei Mitgliedern derselben mit Zuziehung des jedesmaligen Superintendenten als geistlichen Rathes, gebildete Consistorium, welches die Aufsicht über den Cultus, Besetzung der geistlichen und Schullehrerstellen, die Disciplin über sämmtliche Geistliche und Schullehrer im Lande hat, die in Pfarr-, Schul- und Kirchenämtern Anzustellenden prüft, die Aufsicht über die Kirchen und Schulen im ganzen Lande führt, desgleichen die Oberaufsicht über das Vermögen und Rechnungswesen der Pfarren, Kirchen und Schulen, sowie über die Kirchenbücher, ferner die Oberaufsicht über die Bauten an den Kirchen, Pfarr- und Schulgebäuden, sowie es auch die Justizbehörde in Ehesachen bildet. Beständige Commissionen des Consistoriums und bloße Verwaltungsbehörden sind die Kirchenvisitationen, welche im Altcöthenschen aus dem Superintendenten und Justizbeamten jedes Amtes und im Neucöthenschen aus dem geistlichen Inspector zu Roßlau und dem Justizbeamten daselbst bestehen, und die Specialaufsicht über die Diener und das Vermögen der Kirchen und Schulen führen und die Kirchenrechnungen abnehmen. Die Rentkammer als viertes Landescollegium hat die Verwaltung sämmtlicher Staatseinkünfte und Ausgaben, sowie der herzoglichen Güter, und ihre Competenz erstreckt sich daher auf alle hierauf Bezug habenden Gegenstände, als auf die Grund-, Personal-, Gewerbe- und andere Steuern, mit Ausnahme der vermöge des Steuerabschlusses mit dem Königreich Preußen, mit Anhalt-Dessau gemeinschaftlichen Verbrauchssteuer, ferner auf die Accise und Zölle, das Stempelwesen, die Erbzinsen, Quarten und andere Gefälle, die Aufsicht der Bauten, die Chausseen, Brauereien in den Städten und auf dem Lande, und auf die Aufsicht und Verpachtung resp. Benutzung der Domänen, Kammergüter, Schlösser, Forsten, Jagden, Fischereien u. s. w. Obgleich dieselbe keine Jurisdiction hat, so kann sie doch in allen Streitigkeiten, welche über einen zur Administration gehörenden Gegenstand entstehen, die Güte versuchen. An ihrer Spitze steht ein Director und ihr ist ein Kammercassenrendant, welcher jedoch weder Sitz noch Stimme im Collegium, aber die sämmtlichen Einnahmen und Ausgaben der Rentkammer zu besorgen, und die Generalcasse, Landescreditcasse und Militärcasse unter sich hat, sowie auch eine Rechenkammer untergeordnet, deren Personal aus zwei Personen besteht, und die den Rendanten zu controliren, und alle eingehenden Rechnungen zu moniren, zu revidiren und zu calculiren hat. Ferner sind auch alle Untereinnehmer in den Städten und Aemtern in ihren Dienstsachen der Rentkammer unter-

geordnet. Außerdem führt sie die Oberaufsicht über die landesherrlichen Forsten und, da der Vorsitzende des Forstamtes zugleich Sitz und Stimme in ihrem Collegium hat, die Verwaltung des ganzen Forstwesens und erläßt alle Forstverordnungen. Unmittelbare Behörden des Herzogthums sind noch: die Kriegscommission, welche Alles, was den Dienst und die Equipirung der Gensdarmerie betrifft, die Angelegenheiten des Contingents, sowie überhaupt des ganzen Conscriptionswesens verwaltet und die Loosung und Aushebung der Conscribirten, die Equipirung, Armirung, resp. Verpflegung derselben zu besorgen und über die betreffenden Gegenstände mit den Lieferanten und Handwerksleuten Accord zu schließen und die Kriegscasse zu administriren hat; ferner die Schulrevisionscommission für die Schulen der Hauptstadt Cöthen, welche aus Mitgliedern der Landesregierung, des Consistoriums und der Rentkammer zusammengesetzt ist, während die übrigen Schulen des Landes dem Consistorium untergeben sind, und endlich die seit dem Jahre 1823 gegründete Baudirection. Schließlich ist noch zu bemerken, daß es auch eine Commission zur Regulirung der Grenzen, welche unter der Landesregierung steht, ferner seit 1829 eine Commission zur Regulirung der Separationen, welche von den Unterthanen verlangt werden, und eine Commission zur Verwaltung der Meischsteuer gibt.

Das Herzogthum enthält zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in erster Instanz sieben Justizämter, worunter das Stadtgericht zu Cöthen mitbegriffen ist, welche mit einem Justizbeamten und einem Actuarius besetzt sind; nur bei dem erwähnten Stadtgericht ist wegen seines Umfanges ein Actuarius mehr angestellt. Zu den Geschäften der Justizämter gehören: die Verwaltung der Civilgerichtsbarkeit in erster Instanz über alle Gegenstände und Personen, welche von ihrer Jurisdiction nicht ausgenommen sind, wozu jedoch das Gesinde der Eximirten und die Bewohner eines schriftsässigen Grundstücks, wenn sie nicht für ihre Person privilegirt sind, nicht gerechnet werden; ferner die Criminalgerichtsbarkeit in allen in ihren Bezirken sich ereignenden Criminalfällen, die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Hypothekenwesen, die Vormundschaftssachen, Innungssachen, das Lehn- und Erbzinswesen (mit Ausschluß der Ritter- und Mannlehne), die Leitung und Besorgung der niederen Polizei, die Einquartirung fremder Truppen, das Conscriptionswesen und die Aufsicht über Kirchen- und Schulgebäude und deren Vermögen, wie schon beim Consistorium erwähnt wurde. Dagegen haben die Stadtmagistrate, welche aus einem Bürgermeister, Kämmerer und Rathmann bestehen, denen in der Stadt Cöthen noch ein Stadtschreiber und ein Polizeisecretär beigegeben ist, mit Verwaltung der Justiz gar nichts zu thun, und besorgen blos die Polizei- und Innungsangelegenheiten, die Einquartirungssachen und die Verwaltung der Commungüter ihrer Städte; in der Residenzstadt Cöthen ist auch das herzogliche Polizeiamt aus dem Magistrate gebildet. In den Dörfern liegt den Richtern und Schöppen die Dorfpolizei, die Einquartirung und sonstige Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten ob; doch dürfen

sich die von den Dorfgerichten zu erkennenden Strafen nur auf kleine Felddiebstähle und geringe Vergehen gegen die Gemeindeordnung, insofern sie nicht zur gerichtlichen Kenntniß kommen, erstrecken, laut Verordnung vom 24. October 1820. In Betreff der Sachwalter des Herzogthums, so heißen diese wie in den beiden anderen Herzogthümern ebenfalls Regierungsadvocaten; da sie von der Regierung examinirt und verpflichtet werden, ist zu beobachten, daß ihre Anzahl auf eine bestimmte Summe festgesetzt ist. Bemerkenswerth ist noch, daß es im Lande gut eingerichtete Armenverpflegungsanstalten gibt, und daß in der Stadt Cöthen ein Armen- und Zuchthaus, zum Theil für arbeitende Arme, größtentheils aber für Verbrecher, angelegt ist, ferner daß eine allgemeine Dienerwittwencasse (jedoch mit Ausschluß der Volksschullehrerwittwen) 1826 gegründet, eine allgemeine Brandcasse gestiftet ist und eine Gensdarmerie seit 1810 besteht.

Hinsichtlich der Rechtsverfassung und Gesetzgebung von Anhalt-Cöthen sind die bei dem Artikel: Anhalt als Gesammthaus angeführten früheren Landesordnungen und das Gesammtoberappellationsgericht ebenfalls hier in Betracht zu ziehen. Was die Prozeßgesetzgebung anlangt, so ist hierbei nichts als das landesherrliche Justizmandat vom 18. Dec. 1793 zu erwähnen, welches eine promptere Ausübung der Justiz bezweckt, und einige Zusätze zu der alten Prozeßordnung macht. Außerdem ist aber in neuerer Zeit für die Rechtspflege in diesem Lande wenig geschehen. Erst im J. 1822 erschien eine Gesetzsammlung unter dem Titel: Sammlung der in dem Herzogthum Anhalt-Cöthen in den Jahren 1800 bis 1822 ergangenen Gesetze, Verordnungen und Verfügungen, chronologisch geordnet und mit einem alphabetischen Register versehen, zu Cöthen, welcher nachher eine zweite: Sammlung der im Herzogthum Anhalt-Cöthen in den Jahren 1823 bis 1829 ergangenen Gesetze u. s. w., nebst einem Nachtrage zur Gesetzsammlung von 1800 bis 1822, folgte. Dieselben waren im anhaltischen Anzeiger, später in der anhalt-cöthenschen Zeitung successiv bekannt gemacht, oder als besondere Beilage mit derselben ausgegeben worden. Seit 1829 sind jedoch nur äußerst wenig gesetzliche Verordnungen erschienen, die noch nicht gesammelt sind. Von den bereits herausgegebenen aber sind als Gesetze etwas bedeutenderen Umfanges zu bemerken: die Wechselordnung vom J. 1802, die Feld- und Viehordnung vom J. 1806, die Verordnung wegen künftiger Verwaltung des Vermögens abwesender Personen und wegen des Verfahrens gegen in unbekannter Abwesenheit Lebende und deren Verschollenheit und Todeserklärung vom J. 1818 und das Jagdgesetz vom J. 1823. Die vom gemeinen Civil-, teutschem Privat- und sächsischem Rechte abweichenden oder diesem Herzogthum besonders eigenthümlichen Bestimmungen seiner einzelnen Gesetze sollen nun im Folgenden kürzlich näher angedeutet werden.

Staatsrecht. Durch den letzten Willen Fürst Emanuel Lebrecht's vom 2. Dec. 1702 wurde die Folge in der Regierung der cöthenschen Linie nach dem Rechte der Erstgeburt eingeführt. Wichtig ist das von August Christian Friedrich am 24. Juli 1811 errichtete Haus-

und Familiengesetz, welches nach seinem Ableben am 6. Mai 1812 publicirt wurde (Gesetzsamml. Nr. 218, S. 217). Dasselbe bestimmt in Art. 2, daß beim gänzlichen Erlöschen des Mannsstammes der cöthenschen Linie den Allodialerben des letzten Regenten dieser Linie der gesammte Mobiliar- und Allodialnachlaß nebst sämmtlichem Privatvermögen unverkürzt ausgefolgt werden solle. Der regierende Landesherr hat als Oberhaupt seiner Familie in Ansehung der Glieder derselben stets ein Recht der Aufsicht, Polizei und Disciplin; ohne seine Bewilligung darf sich kein Mitglied der Familie aus dem Lande entfernen, und derselbe kann, wenn ein Glied seiner Würde und Pflicht vergessen sollte, Arrest und Verweisung gegen dasselbe auf ein Jahr verfügen (Art. 5 dies. Ges.). Alle Vermählungen der Prinzen und Prinzessinnen des herzoglichen Hauses ohne Einwilligung des regierenden Landesherrn sind ipso iure ohne vorgängigen Richterspruch nichtig (Art. 6). Das Vermögen der Prinzen und Prinzessinnen, deren Vater in ihrer Minderjährigkeit verstorben ist, soll unter Aufsicht des regierenden Landesherrn verwaltet werden (Art. 7). Die Regierungsvormundschaft über den minderjährigen Landesherrn soll zunächst dessen mütterlichen Großvater, wenn dieser aber nicht vorhanden ist, dem jedesmaligen Senior des Hauses Anhalt anheim fallen, in Absicht des Vermögens aber soll es bei der Vormundschaft des (damaligen) Staatsrathes verbleiben (Art. 8). Dagegen sind die Mutter und Großmutter des Minorennen sowohl von der Vermögens- als Regierungsvormundschaft für beständig ausgeschlossen (Art. 9). Für Ehescheidungen und Separationen der Ehegatten des herzoglichen Hauses soll der (damalige) Staatsrath die allein competente Behörde sein, und von demselben kein Antrag auf Scheidung oder Separation ohne Einwilligung des Landesherrn angenommen werden (Art. 12). Der (damalige) Staatsrath ist Vollzieher der letztwilligen Disposition des Landesherrn und der Glieder seiner Familie, und besorgt die Eröffnung und Publication des Testamentes (Art. 19). Hierbei fragt es sich, welche Behörde wird den mit Aufhebung der französischen Verfassung ebenfalls aufgehobenen Staatsrath vertreten? Ein neueres Gesetz bestimmt dieß nicht, und gleichwohl kann man nicht annehmen, daß jene landesherrliche Verordnung aufgehoben worden sei, da Art. 8 derselben während der Minorennität des im J. 1818 verstorbenen Herzogs ganz zur Anwendung gekommen ist. —

Kirchenrecht. Merkwürdig ist die Bestimmung des Mandats vom 30. Sept. 1826, daß die im Herzogthum angestellten Prediger, wenn sie sich verheirathen wollen, zuvor mit Benennung des Gegenstandes ihrer Wahl die landesherrliche Genehmigung nachsuchen müssen. Die Zwangsehen, welche nach dem 8. Titel der anhaltischen Landesordnung stattfanden, sind durch eine Verordnung vom 18. Juni 1802 aufgehoben worden. Wegen der würdigen Feier des Sonntags ist unter dem 9. April 1816 ein Sabbathsedict erlassen, wozu eine Modification vom 25. Juli 1816 und Zusatz vom 3. Sept. 1816 gegeben ist.

Criminalrecht. Bei fleischlichen Vergehungen sind in den Fällen, wo beide Theile im ledigen Stande und nicht in naher Ver-

wandtschaft sich befinden, die sogenannten Hurenstrafen gänzlich aufgehoben worden durch eine Verordnung vom 14. Dec. 1804. Was die Felddiebstähle anlangt, so werden dieselben mit Geldstrafe und Pranger, Obstdiebstähle aber mit Geld- oder Gefängnißstrafe belegt; s. Feldordnung vom 26. Mai 1806 (Gesetzsamml. Nr. 114, S. 112). Baumfrevler erhalten Zuchthausstrafe bis zu $\frac{1}{4}$ Jahr, und die Hälfte dieser Strafe diejenigen, welche Baumpfähle, Warnungstafeln u. s. w. verletzt oder ausgezogen haben; Publicandum wegen der Forstfrevel vom 1. Sept. 1821. Sehr strenge Bestimmungen enthält das Jagdgesetz vom 31. Oct. 1823 (Gesetzsamml. Nr. 587, S. 47), worin unter Anderem in §. 14 gesagt ist: Wer in einem fremden Forst oder Jagd einen Hirsch erlegt, erleidet 100 Thlr. Geld-, oder 1 Jahr Zuchthausstrafe; wer ein Stück Rothwild, ein Reh, Schwarzwild, eine Trappe u. s. w. und anderes zur hohen oder mittleren Jagd gehöriges Wild erlegt oder entwendet, 50 Thlr. Geld-, oder halbjährige Zuchthausstrafe. Mit einer humanen Gesetzgebung nicht vereinbar ist es, wenn in den Kriegsartikeln für die Unterofficiere und gemeinen Soldaten vom 1. Jan. 1814 (Gesetzsamml. Nr. 349, S. 368) in Art. 33 festgesetzt ist: Wenn sich ein Soldat selbst das Leben nimmt, um sich einer durch grobe Verbrechen verwirkten Strafe zu entziehen, und bereits ein Strafurtheil wider ihn ergangen ist, so wird solches, so weit es möglich und zur Abschreckung Anderer dienlich ist, an dem todten Körper vollzogen. Uebrigens wird nach Art. 4 dieses Gesetzes thätliche Widersetzung oder auch nur Drohen mit Gewehr gegen den Vorgesetzten mit Erschießen des Verbrechers bestraft; auch finden noch körperliche Strafen bei dem Militär statt, die jedoch nicht in Stockschlägen, sondern nur in Fuchteln bestehen und nicht öffentlich executirt werden; Instruction über die beim Militär anzuwendenden Strafarten Art. 3 von demselben Datum. Zur Erleichterung der Criminalrechtspflege hat eine Verordnung vom 9. Nov. 1819 bestimmt, daß behufs der Verfolgung und Habhaftwerdung von Verbrechern mit der königlich preußischen Gensdarmerie auf vorherige Requisition gemeinschaftliche Sache gemacht werden soll. Darüber, wie es in Betreff der Annahme solcher Verbrecher, welche in dem einen der anhalt-bernburgschen, cöthenschen oder dessauischen Gerichte Verbrechen verübt, und in dem anderen entweder ihren Wohnsitz haben und ergriffen sind, oder wo beide letztere Fälle in Collision mit den anderen zusammentreffen, von Seiten dieser Gerichte zu halten sei, ist zwischen der Landesregierung zu Cöthen und der zu Bernburg und Dessau im J. 1829 eine Convention abgeschlossen worden (Gesetzsamml. Nr. 739, S. 261).

Civil- und Privatrecht. Da diese beiden Rechtstheile sehr in einander greifen, so schien es zweckmäßiger, sie zusammen abzuhandeln als zu trennen, und es ist nun hierbei Folgendes hervorzuheben. Zur Errichtung von Familienstiftungen und Fideicommissen können nur Capitalien und Grundstücke, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist, gewidmet werden, keineswegs aber bloße Häuser, Gebäude, Mobilien, und zu deren Aufhebung ist die Genehmigung aller dabei In-

tereſſirten, ſowie, gegen die Grundſätze des gemeinen Rechtes, die Genehmigung und Beſtätigung des regierenden Landesherrn erforderlich, nach einer Verordnung vom 7. Sept. 1823. In Betreff der Freiwerberei ſollen vermöge einer Bekanntmachung vom 15. Aug. 1820 Freiwerber, welche blos ihres eignen Gewinnſtes und Vortheiles willen Ehen geſtiftet haben, mit willkürlicher Gefängniß- oder Geldſtrafe belegt werden, und ſoll kein Vertrag, wodurch ſie ſich irgend ein Proxeneticum ausgemacht haben, giltig ſein, vielmehr das Geleiſtete jederzeit condictione indebiti zurückgefordert werden können. Das Verhältniß des Eingebrachten der Ehefrauen zu älteren und gerichtlichen Hypotheken anlangend iſt beſtimmt, daß daſſelbe vor den älteren ausdrücklichen und gerichtlich beſtätigten, mit einer Verbürgung aber nicht verſehenen, ingleichen vor den auf Grundſtücken als rückſtändige Kaufgelder haftenden Hypotheken kein Vorzugsrecht haben ſolle; Edict vom 13. Auguſt 1822. Hinſichtlich des Vorkaufsrechtes können anhalt-cöthenſche Unterthanen gegen Ausländer daſſelbe bei Grundſtücken ausüben, was beſonders von ſolchen Grundſtücken zu verſtehen iſt, die Ausländer, ohne in den cöthenſchen Landen wohnen zu wollen, ankaufen, und von ihrem Wohnſitze aus im Auslande bewirthſchaften wollen; laut Verordnung vom 22. April 1818, Reſcript vom 25. Mai 1819 und 28. März 1820. In Betreff der Vermögensverwaltung und Verſchollenheitserklärung Abweſender beſtimmt die landesherrliche Verordnung vom 21. Mai 1818 (Geſetzſamml. Nr. 406, S. 452), daß, wer innerhalb 10 Jahren von dem Tage ſeiner Abweſenheit aus ſeiner Heimath keine Nachricht von ſich gegeben hat, für verſchollen gehalten werden ſoll, und daß bei Unmündigen dieſe 10 Jahr erſt vom Tage ihrer erlangten Volljährigkeit an laufen; ferner daß derjenige, welcher erſt im oder nach dem 65. Jahre ſeines Alters verſchollen iſt, nach Verlauf von 5 Jahren der unbekannten Abweſenheit für todt geachtet werden ſoll (§. 1). Daſſelbe gilt auch von ausmarſchirten Militärperſonen (§. 2). Hinſichtlich der Vermögensverwaltung eines Abweſenden, ſo ſollen bei Lehen- und Stammgütern quoad administrationem fructuum und in Betreff des Lehengutes ſelbſt zwei beſondere Verwalter gegen Cautionsleiſtung beſtellt, und hierzu der nächſte Allodial- und nächſte Lehenerbe genommen werden (§. 6). Kehrt der Verſchollene nach erlaſſener Edictalcitation nicht zurück, ſo wird ſein Vermögen den nächſten Erben ohne Caution ausgeantwortet (§. 11). Kommt er nach der Todeserklärung wieder, und zwar innerhalb 30 Jahren, von da an gerechnet, wo man die letzte Nachricht von ihm hatte, ſo muß ihm ſein Vermögen mit Ausnahme der genoſſenen Früchte herausgegeben werden (§. 13). Kehrt er aber erſt nach 30 Jahren zurück, ſo kann er daſſelbe nicht wiedererhalten, welches nun als verjährt betrachtet wird, und nur ausnahmsweiſe ſoll er, wenn er bedürftig iſt, von demjenigen, welchem ſein Vermögen zugeſprochen iſt, eine Alimentation erhalten (§. 17). Was den ſogenannten Abſchoß (gabella hereditaria) oder das Abfahrtsgeld (census emigrationis) anlangt, ſo iſt Beides im Lande aufgehoben durch eine Verordnung vom 27. April 1811 und Beſtätigung vom 19. März 1813,

und das Abzugsrecht soll nur per modum retorsionis ausgeübt werden; Verordnung vom 28. Mai 1811. Wegen wechselseitiger Abzugsfreiheit hat Anhalt-Cöthen mit dem Königreich Hannover am 24. Nov. 1800, mit dem Großherzogthum Baden am 2. Oct. 1810, mit Anhalt-Dessau am 13. April 1812, mit dem Königreich Preußen unter dem 26. Febr. 1813, mit dem Großherzogthum Sachsen-Weimar am 18. Juni 1816, mit dem Königreich Württemberg am 3. Juli 1817, und endlich mit dem Königreich Sachsen am 2. Juli 1822 Conventionen abgeschlossen. — Dienstherrschaften ist die Aufhebung und der Erlaß von Frohnen und Diensten, welche ihnen von ihren Hintersassen geleistet werden, nur dann verstattet, wenn sie die dienenden Grundstücke ohne alle Entschädigung für frei von solchen Lasten erklären, laut Verordnung vom 31. Juli 1810. Die Landesordnung von 1666 hat zwar die Untheilbarkeit der Bauergüter festgesetzt; indeß können dieselben in neuerer Zeit dismembrirt, nur muß die Erlaubniß zur Dismembration nachgesucht werden, wenn zusammengehörige und zusammenzinsende Ackerstücke getrennt, und in mehrere einzelne Parcellen verkauft werden sollen, nach einem Rescript vom 4. Mai 1819 und Publicandum vom 12. Sept. 1826. Endlich sind hier noch aus der schon oben erwähnten Wechselordnung vom 31. Aug. 1802 (Gesetzsamml. Nr. 50, S. 38) einige Bestimmungen zu bemerken: Art. 1 derselben erfordert bei Ausstellung von Wechseln die Unterschrift des ganzen Namens, und nach Art. 3 können Minderjährige mit Consens ihrer Vormünder und Curatoren Wechsel ausstellen. Eine abweichende Bestimmung ist in Art. 16, wo es heißt: Wenn ein Wechselschuldner stirbt, so sind dessen Erben nach angetretener Erbschaft verbunden, die ausgestellten oder acceptirten Wechselbriefe ihres Erblassers als Selbstschuldner zu bezahlen, und daher dem Personalarrest unterworfen. In der Wechselklage zwischen Christen und Juden soll nur der Christ zum Eide gelassen werden (Art. 19). Auffallend ist noch die Bestimmung des Art. 45: Eine Acceptation wird für giltig und vollständig gehalten, wenn der Acceptant nur die Feder deswegen angesetzt und einen Buchstaben auf den Wechselbrief geschrieben hat. Selbst die mündliche Acceptation, wenn sie erwiesen ist, macht den Acceptanten zur Bezahlung verbindlich. Uebrigens gelten bei der Acceptation keine Clauseln (Art. 48).

Prozeß. Früher wurden alle Originalprotokolle über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sonstigen Verwaltung nie zu den Gerichtsacten genommen, sondern den Parteien ausgehändigt, allein durch ein Rescript vom 30. Nov. 1819 und Circular vom 12. Aug. 1823 ist dieß dahin abgeändert worden, daß dergleichen Protokolle zu den Acten genommen und den Parteien blos Abschrift davon ertheilt werden soll. In allen Prozessen, in welchen ein förmliches Erkenntniß auf schriftliches Verfahren zu ertheilen ist sowohl, als in den geringeren mündlich verhandelten Sachen werden entweder im Bescheide selbst oder besonders die Zweifels- und Entscheidungsgründe aufgestellt; Verfügung vom 27. Febr. 1821. Hinsichtlich der sogenannten stillen Arreste, so

sind dieselben durch eine Verordnung vom 30. Dec. 1803 aufgehoben worden. Bei den Concursen königlich preußischer Unterthanen, welche Vermögen in den herzoglich cöthenschen Landen besitzen, wird insofern ein Reciprocum beobachtet, als über diese Activa ein Separatconcurs zu eröffnen ist; laut Verordnung vom 6. Juli 1824. G.

Commission[1]) im rechtlichen Sinne ist 1) der von einem Monarchen oder einer Oberbehörde Einem oder Mehreren ertheilte Auftrag zu Besorgung eines rechtlichen Geschäftes, 2) die moralische Person, welcher gedachter Auftrag ertheilt ist, 3) das aufgetragene Geschäft selbst. Der, welcher die Commission ertheilt, ist der Committent, der, welcher sie erhält, der Commissar; sie wird gegeben durch eine, gewöhnlich in Form eines Rescriptes abgefaßte Urkunde — Commissorialrescript, Commissoriale, Commissorium, Auftragsschreiben. Dieses streng auszulegende[2]) und genau zu befolgende Rescript enthält in der Regel zugleich die Instruction für den Commissar, zuweilen bekommt er aber auch die letztere (Commissionsinstruction) abgesondert, — dieß vorzüglich in Untersuchungssachen. Die Commission ist entweder nach Vollziehung des Auftrages geendigt — zeitige Commission (commissio temporalis v. temporaria), oder sie dauert für alle Fälle ähnlicher oder gleicher Art fort — beständige Comission (commissio perpetua); daher auch commissarii temporarii und perpetui. Sie wird entweder zu Besorgung einer ganzen Sache (ad totam causam), oder nur zu einzelnen Handlungen (ad hunc actum), und entweder zu Besorgung aller für einen gewissen Geschäftskreis gehörigen Angelegenheiten — Generalcommission, oder nur zu einzelnen gegeben — Specialcommission; daher General- und Specialcommissarien. Jede Commission muß über Führung ihres Geschäfts gehörige Acten halten — Commissionsacten, und bei zeitigen Commissionen am Schlusse ihres Geschäfts über Vollführung desselben Bericht erstatten — Commissionsbericht κατ' ἐξοχήν[3]); denn die Anfrageberichte, wodurch der Commissar sich blos Instruction erbittet, werden in der Regel nicht Commissionsberichte genannt, wohl aber auch diejenigen, worin er im Laufe seines Geschäfts von Zeit zu Zeit über dessen Fortgang Anzeige macht.

Im teutschen Staatsrechte sind die Bundescommissionen von den Bundestagscommissionen zu unterscheiden[4]). Erstere sind

---

1) Nur in der älteren Literatur finden sich folgende, über die Commission ex professo handelnde Schriften: Leyser, de limitibus commissionum custodiendis. Helmst. 1714. Ruland, de commissariis et commissionibus camerae Imper. Francofurti a. M. 1724. Musaeus, de iure commissionum, quae in concursu illustrium solent constitui. Göttingae 1774. Engelhardt, de commissionibus imperialibus. Bambergae 1774.

2) c. 22. X. de rescriptis. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses, §. 289.

3) Man vergl. den Art. Bericht im Rechtslexikon, 2. Bd. S. 2.

4) Wir sind bei dieser, wie es uns scheint, sehr zweckmäßigen, aber nicht

solche, welche von der Gesammtheit der Bundesregierungen, nicht aus den Mitgliedern der Bundesversammlung niedergesetzt sind, wohin z. B. die Militär-Central-Commission zu Frankfurt a. M. und die derselben untergeordneten Militär-Local-Commissionen, ingleichen die Central-Commission zu Mainz zur Untersuchung der revolutionären Umtriebe gehören. Die Bundestagscommissionen sind Ausschüsse, von der Bundesversammlung selbst durch Mehrheit der Stimmen im engen Rathe und aus ihrer Mitte zu Besorgung einzelner Bundestagsangelegenheiten gewählt. Sie haben diese letzteren nur zum Entschluß des Bundestages vorzubereiten, daher nur an die Versammlung gutachtlich zu berichten, nicht selbst zu entscheiden. Die Hauptnorm dafür ist die Commissionsgeschäftsordnung vom 29. April 1819. Solche Commissionen sind bis jetzt: die Commission zu Begutachtung der Privateingaben und der Beschwerden derjenigen Personen, für welche die Bundes- oder wiener Congreßacten ausdrückliche Bestimmungen enthalten — Reclamations- und Eingabecommission[5]); dann die Commissionen zur Vorbereitung allgemeiner Gesetze und zur Erörterung der Verbindlichkeiten des Bundes aus vorzeitlichen Verhältnissen. Sie sowohl, als die für Versuche der Güte in Streitigkeiten der Bundesglieder und für Vollziehung des Reichsdeputations-Recesses von 1803 in den einzelnen Fällen ernannten Commissionen müssen alle 8 Wochen der Bundesversammlung über den Fortgang ihrer Geschäfte Bericht erstatten. Hierher gehören ferner die vorläufig auf 6 Jahre, zu Beobachtung des Ganges der ständischen Verhandlungen eingesetzte sogenannte ständische Commission und die, aus zwei Gesandten und dem wirklichen oder substituirten Präsidium bestehende Deputation zur Kenntnißnahme der eingehenden Sachen während der Vertagung des Bundestages, endlich die, alle 6 Monate durch wenigstens zwei Mitglieder zu erneuernde, aus 5 wirklichen Mitgliedern und 2 Stellvertretern bestehende Executionscommission, bei vorkommender, gegen ein Bundesglied gerichteter Execution zu deren Leitung beauftragt[6]).

In privatrechtlicher, besonders in prozessualischer, auch in criminalrechtlicher Hinsicht versteht man unter Commission die Uebertragung einer außerordentlichen aber eigenen[7]) Gerichtsbarkeit[8]). Die Commissarien heißen in den römischen Rechtsbüchern delegati s. vicarii principis, sacri cognitores[9]), in den canonischen iudices delegati[10]),

---

allgemein angenommenen Eintheilung dem Schmalz'schen Staatsrecht, Berlin 1825, §. 601 flg., nachgegangen.

5) Darüber vgl. d. Art. Beschwerde im Rechtslexik. 2. Bd. S. 30 u. 36.

6) Außer Schmalz a. a. O. s. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes. Frankfurt a. M. 1837, §. 110.

7) S. d. Art. Gerichtsbarkeit.

8) Martin a. a. O. §. 289. Glück, Pandektencommentar, 1. Th. §. 197, S. 162.

9) C. un. C. qui pro sua iurisd. (3. 4.) c. 3. C. ubi senatores. (3. 24.) c. 32. C. de appellationibus. (7. 62.)

10) Tit. X. de officio et potestate iudicis delegati. (1. 29.)

der höchste darunter delegatus papalis[11]). Die gänzliche Verschiedenheit des jetzigen und des römischen Beamtenwesens (s. d. Art. Beamten 1. Bd. S. 730) hat jedoch längst die Anwendung der römischen Rechtsgrundsätze auch aus dieser Materie verbannt, und blos die Hauptgrundsätze des canonischen Rechtes hierüber sind noch, wiewohl nur mit Vorsicht, anwendbar[12]). Daß ursprünglich das Recht, in Rechtssachen Commissionen zu ertheilen, dem Landesherrn, als der Quelle aller Gerichtsbarkeit, zusteht, dieß liegt in der Natur der Sache. Der große Mißbrauch, der aber damit getrieben wurde, um Personen ihrem ordentlichen Richter zu entziehen und in die Rechtspflege einzugreifen[13]), hat veranlaßt, daß jenes Recht in mehreren Constitutionen theils ganz aufgehoben, theils beschränkt worden ist[14]), überhaupt aber durch das allgemeine Staatsrecht nicht begünstigt wird[15]). Selbst die früheren Reichsgesetze waren dem Commissionswesen nicht günstig[16]). Da, wo es noch besteht, oder wo es von den Landescollegien verfassungsmäßig ausgeübt wird, ist, wenn beide Theile um Commission nachsuchen, — erbetene Commissionen, — diese Prozeßhandlung der Vereinigung der Parteien über zu erwählende Schiedsrichter ziemlich gleich und die Commissionsertheilung ist in diesem Falle, wenn nicht politische Gründe ihr widersprechen, in rechtlicher Hinsicht unbedenklich. Wird aber die Commission nur von einer der Parteien erbeten, so muß die andere vorher darüber gehört werden. Nur ein außerordentlicher und rechtmäßiger Grund kann die Commissionsertheilung rechtfertigen, da jeder Staatsbürger das Recht hat, nicht wider seinen Willen vor ein fremdes Gericht gezogen zu werden. Ein rechtlicher Grund ist namentlich die Perhorrescirung des Richters von der einen oder andern Partei, da das Recht der ersten Instanz verloren gehen würde, wenn das Obergericht die Sache selbst vor sich zöge[17]). Kommt es auch nicht wirklich zur Recusation des Richters von Seiten der Parteien, ergibt sich nur für den Oberrichter oder sonst für die oberaufsehende Staatsgewalt ein Uebelwollen des Richters, Verweigerung oder Verzögerung der Justiz', so ist auch ohne Antrag der Parteien die Commissionsertheilung an ein drittes Gericht gerechtfertigt[18]). Bei Competenzconflicten bleibt, bis über diese entschieden ist, zum Fortgange des Prozesses oft nichts übrig, als die Sache einem dritten Gerichte

---

11) Cap. 26 u. 28. X. eod.

12) Schilter, praxis iuris romani in foro germanico. Francofurti et Lipsiae 1713. exerc. V. §. 22. Glück a. a. O. S. 164.

13) Im Project des Codex Fridericianus Th. 4, Tit. 6, §. 1, ist gesagt: Die bisherigen commissiones sind nicht eine von den geringsten Landplagen Unserer kurmärkischen Lande gewesen.

14) Vergl. d. Art. Cabinet, 2. Bd. S. 512, Note 16, u. S. 514.

15) Gönner, Handbuch des Prozesses, 1. Bd. Nr. I. §. 10.

16) Glück a. a. O. S. 170.

17) Kori, Theorie des sächsischen bürgerlichen Prozesses, §. 25, S. 46. Glück a. a. O. 6. Th. §. 508, S. 228 flg.

18) Mehrere Particulargesetze hierüber s. bei Kori a. a. O. Note 1, u. §. 242, S. 407.

zu übertragen. Daß der Landesherr, wenn er von rechtlichen Angelegenheiten Kenntniß erlangt, wobei das Staatsinteresse betheiligt ist, durch Commissionen die Sache prüfen, nicht aber dadurch den Justizgang hemmen lassen darf, ist keinem Zweifel unterworfen, wogegen die Ernennung besonderer Commissionen für die Domänen-, Chatoulle-, Kammer- und Fiscussachen keineswegs zu rechtfertigen ist. Die so häufige Commissionsertheilung zu Zeugenverhören, Einnehmung des Augenscheines, Abhaltung von Verhörsterminen u. s. w., wird durch die Collegialverfassung der Obergerichte oft nöthig; vom Landesherrn ausgehend ist sie durch den Grund, daß dergleichen Handlungen keine Abberufung eines Prozesses von seinen ordentlichen Gerichten enthielten, sondern nur Vorbereitungen zur künftigen Urtheilsfällung wären [19]), nicht gerechtfertigt. Denn nicht im bloßen Rechtsprechen, auch in der Vorbereitung und Leitung der Rechtssachen dazu besteht das vom Richter selbstständig zu übende Richteramt [20]). Die Obergerichte können, weil nicht von ihnen, sondern vom Landesherrn die Rechtspflege ausgeht, nur dann und nur so weit Commissionen ertheilen, wenn und wie weit ihnen dieß Recht vom Landesherrn ausdrücklich oder verfassungsmäßig übertragen ist, und dieß ist gewöhnlich in Ansehung erwähnter einzelner Handlungen und für den Fall der Saumseligkeit und des rechtswidrigen Benehmens der Unterrichter der Fall [21]). Außerdem haben sie, sowie Unterrichter, nur das Recht der Subdelegation für Fälle der Noth und einzelne Handlungen [22]). Ob den Commissarien des Landesherrn das Recht, Andere für sich zu substituiren, zustehe — die Commissarien der Obergerichte dürfen ganz unstreitig dieß nicht, wenn ihr Commissoriale es nicht ausdrücklich besagt — ist streitig. Da die landesherrlichen Commissionen auf besonderem Vertrauen beruhen, so glauben wir, gegen die gemeine Meinung [23]), daß für sie dieselbe Regel wie für die Obergerichte bestehen müsse.

Der Commissar muß als Richter die für jeden anderen Richter erforderlichen Qualitäten haben [24]). Die Grenzen seines Auftrages bezeichnet das Commissorialrescript, jede dieselben überschreitende Handlung ist nichtig [25]). Häufig wird insonderheit dem Commissarius nach An-

---

19) Gönner a. a. O. S. 23.

20) Darum kann auch die oft gewöhnliche Uebertragung solcher Expeditionen von Seiten der Justizcollegien an Secretarien, welche den Richtereid nicht geleistet haben, nicht gebilligt werden. v. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit ꝛc. Hannover 1798—1809, 3. Bd. S. 375: Inwiefern auf Secretarien der Justizcollegien in Rechtssachen Commissionen erkannt werden können?

21) Gönner a. a. O. 4. Bd. Nr. LXXIV. §. 2. S. 86.

22) Martin a. a. O. §. 66. Glück a. a. O. 3. Th. §. 198, S. 168. S. d. Art. Deputation.

23) Leyser, medit. ad D. Vol. I. spec. 28. med. 1. Glück a. a. O. 3. Th. §. 208, S. 296.

24) Gönner a. a. O. S. 87.

25) Gönner ebendas. Glück a. a. O. §. 199, S. 175 flg.

leitung der sonstigen Reichsgerichtspraxis[26]), nur die Erörterung der Sachen bis zum Erkenntniß übertragen, behufs dessen er den Bericht an den Committenten erstatten muß. Sind mehrere Commissarien nicht in solidum und so, daß es in ihrer Willkür steht, ob sie stets zusammen oder jeder einzeln sich den verschiedenen Geschäften unterziehen wollen[27]), sondern ohne nähere Bestimmung angeordnet, so können sie, bei Strafe der Nichtigkeit, nicht anders als gemeinschaftlich die ganze Sache mit allen einzelnen Handlungen ausführen[28]). Im entgegengesetzten Falle (gewöhnlich die Clausel: si non omnes genannt, d. h. quod si non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant) können die andern allein das Geschäft vollführen, wenn ihnen vorher die Verhinderung der Nichttheilnehmenden angezeigt ist[29]). Auch können, wenn einer derselben recusirt wird, die andern, wenn sie die Ursache gegründet finden, allein verfahren[30]). Bei Stimmengleichheit der Commissarien unter einander entscheidet, wenn das Commissoriale es nicht anders bestimmt, nicht ein Decisivvotum des Vorsitzenden, sondern der delegirende Obere[31]). Wenn dem ordentlichen Richter blos ein Commissar zugeordnet wird, so behält der erstere in der Regel das directorium actorum[32]). In dem Commissorialrescripte sind Bestimmungen über alles dieß höchst nöthig[33]). Ebenso über das Verfahren des commissarius, der außerdem den Prozeßgesetzen des Landes nachgeht, indem es eine unrichtige Meinung ist, daß der Commissionsprozeß stets ein summarischer sei[34]). Daher muß in der Regel, da alle Gerichte wenigstens mit einem Richter und Actuarius besetzt sein sollen, auch der Commissar einen Actuar zuziehen[35]), doch wird, wenn er zu den Acten verpflichtet und ihm die Zuziehung eines Actuarius im Commissoriale nicht ausdrücklich anbefoh-

---

26) Glück a. a. O. §. 198, S. 167.

27) Die Clausel: Sammt oder sonders, im canonischen Rechte (cap. 8. de officio et potestate iudicis delegati, in VI. (1. 14.)) ausgedrückt durch die Worte: ut omnes, aut duo, vel unus eorum mandatum Apostolicum exequantur, würde dieß andeuten, indeß ist es streitig, ob die Clausel: sammt und sonders, etwas anderes bedeutet, und daher der Gebrauch derselben nicht anzurathen. Glück a. a. O. §. 200, S. 183 flg. Man vergl. Gensler, Commentar über Martin's Prozeßlehrbuch von Morstadt, 2. Bd. Heidelberg 1825, §. 287, S. 193.

28) Glück a. a. O. S. 181, 183, 186.

29) C. 13. X. de rescriptis. (1. 3.)

30) C. 4. de off. et pot. etc. in VI. (1. 14.); c. 22. X. de off. et pot. etc. (1. 29.); c. 13. X. de rescript. (1. 3.) Glück a. a. O. §. 198, S. 172.

31) Glück a. a. O. 6. Th. §. 527, S. 444.

32) Kori a. a. O. §. 243.

33) Martin a. a. O. §. 289.

34) Glück a. a. O. 3. Th. §. 199, S. 175.

35) Gegen Strube, rechtliche Bedenken, Ausg. von Spangenberg, Bed. 681 (IV. 104), Glück a. a. O. S. 173, und zum Theil gegen Bülow und Hagemann a. a. O. S. 371: Wenn auf einen Rath der oberen Justizcollegien in einer Rechtssache eine Commission erkannt wird, so kann der Secretär der Expedition nicht die Führung des Protokolls fordern.

len, oder in den Landesgesetzen die Giltigkeit richterlicher Handlungen von der Anwesenheit eines Actuars abhängig gemacht ist, sein Verfahren durch eigene Protokollirung nicht ungiltig [36]). Einer besondern Vereidung des schon zum Richteramte vereideten Commissars bedarf es nicht. Er beginnt sein Verfahren mit der Mittheilung seines Commissorialrescriptes, nicht der Instruction (s. o. S. 701) [37]), an die Parteien, gewöhnlich bei der Citation in Abschrift, und mit der Notification der Commission an den ordentlichen Richter [38]). Beiden muß er auf Verlangen das Commissorium im Original vorlegen. In der Citation muß, wenn der Commissarius nicht eine mit einem gewöhnlichen Gerichtssitz versehene Richterbehörde ist, die Commissionsgerichtsstelle genau angegeben werden [39]). Uebrigens kann der Commissar innerhalb des Gerichtsbezirkes des Committenten seine Ausfertigungen unmittelbar insinuiren lassen [40]), unmittelbar auch an die, seinem Committenten nicht unterworfenen Behörden Requisitionen erlassen [41]), Strafbefehle geben und executiren [42]). Es kann bei ihm Widerklage [43]) und Intervention [44]) angebracht, ihm auch giltig in der ihm committirten Angelegenheit Zahlung [45]) geleistet werden. Die Behauptung, daß der Commissar den Committenten repräsentire [46]), ist nur dann richtig, wenn er zu Handlungen, welche eigentlich der Committent verrichten sollte, committirt ist; wird er statt eines anderen ordentlichen Richters committirt, so repräsentirt er diesen. Eben deshalb ist weder die Behauptung, daß von ihm die Appellation lediglich an den Committenten gehe (appellatio a commissario ad committentem) [47]), noch die, daß bei ihm nur die Rechtsmittel eingewendet werden könnten, welchen der committirende Richter unterliege, richtig. Vielmehr finden gegen seine Entscheidungen diejenigen Rechtsmittel statt, welche bei dem ordentlichen Richter eingewendet werden könnten und eigent-

---

36) Leyser l. c. spec. 27. med. 7. Martini ad ordinat. proc. iud. tit. 2. §. 2. Nr. 102. Glück a. a. O. S. 174.

37) Gönner a. a. O. §. 7.

38) C. 31. X. de off. et pot. iud. deleg. (1. 29.); c. 24. X. de rescriptis. (1. 3.) Gönner a. a. O. §. 2. Nr. 5. Martin a. a. O. §. 290.

39) Glück a. a. O. §. 228, S. 372. Kori a. a. O. §. 244.

40) Kori ebendas.

41) Man vergl. indeß Bülow und Hagemann a. a. O. 2. Bd. S. 304 (291): Inwiefern ein Commissarius an auswärtige, seinem Committenten nicht unterworfene Gerichte unmittelbar Nachsuchungsschreiben ablassen kann?

42) C. 5. X. de off. et pot. iud. del. (1. 29.) Glück a. a. O. §. 199, S. 177. Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 8. Bd. S. 83 flg.

43) Glück a. a. O. §. 199, S. 178 flg. Gönner a. a. O. Nr. 4. Dagegen Leyser l. c. spec. 123. med. 1. 2.

44) Glück a. a. O. 6. Bd. §. 531, S. 477. Gebrüder Overbeck a. a. O. 9. Bd. S. 226.

45) Gebr. Overbeck ebendas. S. 102.

46) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 192.

47) Martin a. a. O. §. 290.

lich eingewendet werden sollten[48]). Ist daher der Committent die erste Appellationsinstanz des ordentlichen Richters, so tritt auch die Appellation an ihn ein. Können bei dem Committenten blos wegen seiner Stellung Rechtsmittel nicht eingewendet werden, welche eigentlich im vorliegenden Falle anwendbar wären, so müssen solche bei dem Commissar, wo jenes Hinderniß nicht vorhanden ist, zugelassen werden[49]). Kann der Beschwerte nachweisen, daß der, an die Stelle des Committenten selbst ernannte Commissar nicht nach dessen Anweisung handelt, so muß ihm unstreitig auch die appellatio ad committentem freistehen.

Zeitige Commissionen endigen sich durch das Ende des Geschäfts, alle aber durch den Widerruf von Seiten des Committenten und durch den Tod des Commissars, durch den des Committenten nur, wenn er eher erfolgt, als der Commissar sich der Sache unterzogen hat[50]). Die Commissionskosten zahlen bei einseitig erbetenen Commissionen der Impetrant, bei beiderseits erbetenen beide Theile, außerdem, den gesetzlichen Principien gemäß, der, welcher auch in die übrigen Kosten verurtheilt wird. Die Praxis[51]) aber erkennt die Kosten auch in diesen Fällen Beiden zu.

Buddeus.

Commissionshandel [1]) dürfte sich am zweckmäßigsten und kürzesten als die gewerbsmäßige Ausführung von Handelsgeschäften im Auftrag und für Rechnung Dritter bezeich-

---

48) Glück a. a. O. 3. Bd. §. 199, S. 180. Gönner a. a. O. Nr. 8. Bülow und Hagemann a. a. O. 8. Bd. 2. Abth. Abh. 18: Ob die Appellation von dem Erkenntnisse eines Commissarius ausschließlich an den Committenten zu richten sei?

49) Z. B. in den fürstlich reußischen Landen jüngerer Linie, wo in summarischen Sachen von der Mittelinstanz (Regierung) nicht an das Oberappellationsgericht appellirt werden kann (Provis. Ordn. des Oberappellationsger. zu Jena von 1816, §. 20, Nr. 11), und wo gleichwohl für diese Sachen keine Leuterung, sondern nur Berufung an die Regierung verstattet ist (Verordnung wegen Abkürzung der Rechtshändel von 1751), wird in solchen summarischen Prozessen, in denen die Regierung erste Instanz ist, wenn sie dieselben einem Commissarius überträgt, die Appellation an sie anzunehmen sein.

50) Glück a. a. O. §. 208, S. 298 flg.

51) Glück a. a. O. §. 198, S. 172 flg. Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechtes, 5. Th. §. 198, S. 370.

1) Literatur: Büsch, Darstellung der Handlung. 2. Ausg. Hamburg 1799, Th. 1, Bd. 2, C. 3, und Zusätze, Th. 1, S. 280 flg.; Th. 3, S. 52 flg. Ludovici, Handelslexikon, und Leuch's Handelslexikon s. v. Commissionär. Eichhorn, teutsches P.-R. §. 386, berührt den Commissionshandel nur ganz kurz. Mittermaier, t. P.-R. 5. Aufl. §. 551—553. Maurenbrecher, t. P.-R. §. 351—353. Curtius sächs. Civilrecht, §. 1532 a. b. Adlerflycht, Privatrecht der Stadt Frankfurt a. M. §. 508, S. 955 flg. Martens, Grundriß des Handelsrechtes, §. 18. Bender, Grundsätze des teutschen Handelsrechtes, Bd. 1, §. 91—106. M. Pöhls, Darstellung des Handelsrechtes, Bd. 1, §. 110—117. Sonnleithner, Lehrbuch des österreich. Handels- und Wechselrechtes, §. 297—300. Scheerer, Handbuch des Wechselrechtes, Th. 1, S. 393, 512. B. Roth, diss. de commerciis institoriis vulgo Factorei oder Commissionshandlung. Jenae 1682, ed. 2. 1766. Mettingh (Praes. Koch), diss. de

nen lassen. Abgesehen von den, aus einer Verkennung der Natur des Geschäftes und Verwechslung mit ähnlichen hervorgegangenen, unrichtigen Definitionen, hat man sehr häufig in die Erklärung des Commissionshandels noch als Merkmal aufgenommen, daß Auftraggeber (Committent) und Beauftragter (Commissionär) an verschiedenen Orten wohnen müssen[2]). Wenn dieses nun aber auch meistens der Fall sein wird, sowie denn auch der Commissionshandel durch den Verkehr an verschiedenen Orten wohnender Kaufleute ausgebildet worden, und ein wesentliches Mittel zu dessen Beförderung ist, so wird doch die Natur des Geschäftes dadurch nicht verändert, wenn Committent und Commissionär an demselben Orte wohnen[3]), wie es z. B. stattfindet, wenn etwa ein Fabrikant einem Kaufmann des Ortes Waaren zum Detailvertrieb übergibt, weil ihm selbst dazu Gelegenheit oder Berechtigung fehlt. — Der Commissionshandel macht jetzt einen sehr wichtigen Zweig des Handels aus. Gewisse Handlungshäuser machen die Uebernahme und Ausführung von Handelsgeschäften, wohin also vorzugsweise Einkauf und Verkauf von Waaren, aber auch andere kaufmännische Besorgungen gehören[4]), z. B. Schiffsbefrachtungen, Assecuranzen, Encassirung von Geldern u. s. f., zu einem eignen kaufmännischen Betrieb[5]). Im weiteren Sinne wird auch der Speditionshandel (s. d. Art.) mit zum Commissionshandel gerechnet. Es gibt Handlungshäuser, die nur Commissionshandel oder wohl auch in Verbindung mit dem Spe-

---

mercibus in commissionem datis, von Commissionswaaren. Gissae 1766, ed. 2. 1782. Riccius de mercibus in commissionem datis, quae Commissionswaaren nuncupantur. In exercitt. camb. XI. Goett. 1781. sect. II. p. 24 sq. Püttmann, de negotiis, quae procurat. nomin. exercentur; in: miscellan. ad ius pertinent. spec. 9. Lips. 1786. Eiusdem miscell. lib. sing. Lips. 1793. p. 170 sq. Breuls, diss. de contractu commissionis ad merces coemendas datae. Goett. 1800. Faber (praes. Michaelis), de mercatura procuratoria. Tübing. 1829. G. C. Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Commissionshandel. Leipzig 1839. Haumann, de procurat. mercator. qui commiss. dicuntur. Lovani. Engelen de iis, qui procurat. nom. merc. exerc. Groningae 1828. Pardessus cours de droit comercial. ed. 3. Paris 1825. T. II. p. 634 sq. Scheibe, Lehrbuch des Handelsrechtes nach Pardessus. Leipzig 1838. S. 459 flg. Vincens commentaire sur le droit de commerce. Paris 1808. T. II. p. 111 sq. Montgalvi et Germain Analyse raisonnée sur le Code de Comm. Paris 1824. T. I. p. 148. Persil des commissionaires et des achats. Paris 1836. Smith compend. of mercantile law. Lond. 1824. p. 43. Payley treatise on the law of principal and agent. Lond. 1833. Cesarini principii del diretto commerciale. Romae 1829. T. III. p. 47, 71—126.

2) So Breuls §. 1. Bender §. 91. Pöhls 110. Das niederländ. Handelsgesetz. Art. 62.

3) S. bes. Faber p. 8. Mittermaier §. 551.

4) S. bes. Faber p. 62 sq. p. 98.

5) Pöhls theilt daher die Commissionen in 1) Commissionen auf abzuschließende persönliche Verträge und 2) Waarencommissionen, a) Einkaufs- und b) Verkaufscommissionen. Eine gesonderte Darstellung der beiden letzteren (von den ersteren ist ohnehin nicht viel Eigenthümliches hervorzuheben) führt zu manchen Wiederholungen.

ditionsgeschäfte betreiben, andere, welche Commissionshandel mit Handel für eigne Rechnung (Proprehandel) verbinden. Der Gewinn bei dem Commissionsgeschäft besteht in einer Belohnung für den vollzogenen Auftrag (Provision), deren Größe durch Herkommen oder Vertrag bestimmt wird.

II. Man nennt es wohl auch ein Commissionsgeschäft, wenn einem Kaufmann eine auf Verlangen oder freiwillig übersendete Waare zu einem bestimmten Preis eingesetzt wird, so daß der Vortheil bei einem höheren Verkauf dem Commissionär zufällt und er die unverkaufte Waare zurückgeben oder auch nach seiner Wahl zu dem eingesetzten Preis behalten kann. Hier liegt ein sogenannter Trödelcontract oder contractus aestimatorius vor[6]). Von den Commissionären in unserem Sinne sind auch die Agenten zu unterscheiden, die auch wohl diesen Namen führen, welche an einem Orte alle oder gewisse Gattungen von Geschäften eines oder etwa mehrerer bestimmter Handlungshäuser zu führen bestellt sind, und zuweilen wohl auch statt eines festbestimmten Lohnes für die Geschäftsführung überhaupt gewisse Procente von dem abgeschlossenen Geschäft erhalten. Solche Agenten schließen die Geschäfte nicht nur im Auftrag, sondern im Namen ihrer Committenten, deren offenkundige Vertreter sie sind, ab. Einem solchen Agenten muß eine Procura ertheilt werden, und die Committenten müssen für die innerhalb der Grenzen derselben vorgenommenen Handlungen ihres Agenten nach den von dem Factor oder Institor geltenden Grundsätzen aufkommen[7]). Alles dieses findet aber bei dem Commissionshandel, wie sich weiter ergeben wird, nicht statt.

III. Einzelne Geschäfte, welche denen unseres Commissionshandels sehr nahe kommen: daß nämlich einem Kaufmann besonders an einem anderen Orte Einkauf oder Verkauf einer Waare, gegen eine versprochene Belohnung für seine Mühwaltung, aufgetragen wurde, mögen zu allen Zeiten bei den handeltreibenden Völkern vorgekommen sein; wenn aber die Entstehung des Commissionshandels bestimmt werden soll, so möchte festzustellen sein, wann Geschäfte der Art so häufig geworden sind, daß sie zu einer regelmäßigen Betreibungsweise des Handels erwuchsen und die Ausbildung des eigenthümlichen Zweiges des kaufmännischen Gewerbes, welchen wir jetzt Commissionshandel nennen, veranlaßt haben. Es ist darüber bis jetzt wenig ermittelt[8]). Der Commissionshandel setzt aber außer einem sehr lebendigen Handelsverkehr an gewissen Orten, Sicherheit der Land- und Wasserstraßen, erleichterte Communication durch vielfache Transportmittel und Briefverkehr, Zutrauen der Handeltreibenden verschiedener Orte und Länder zu einander, zu den Rechtsinstitutionen und der Rechtspflege der fremden Länder, in Beziehung auf Ausländer insbesondere, voraus. Da Alles dieses im Mittelalter nur in einer unvollkommenen und be-

---

6) Faber p. 23. Treitschke a. a. O. S. 21 flg.
7) Faber p. 25 sq. Pöhls S. 249. Treitschke S. 2.
8) Büsch a. a. O. §. 1. Faber p. 32 sq. Pöhls S. 248.

schränkten Weise vorhanden war, so geht daraus hervor, daß die Anfänge des sich bildenden Commissionshandels erst in die späteren Zeiten des Mittelalters, die weitere Ausbildung erst in die neuere Zeit fallen kann. Zur Zeit des blühenden Hansehandels machte der Kaufmann selbst die Reise mit dem von ihm befrachteten Schiff, reiste mit seinen Waaren zu den großen Messen, welche die Mittelpunkte des Handelsverkehrs in einer ganz anderen Weise, als es jetzt der Fall ist, waren, oder es wurde ein Agent (was wir jetzt wohl beim Seehandel einen Cargadeur nennen) mitgesendet. Am Bestimmungsorte hielt sich dann der Kaufmann oder der mitgesendete Diener auf, bis die Geschäfte realisirt, Verkauf und Einkauf beschafft war. In den hanseatischen Niederlassungen oder Contors unterschied man daher auch sogenannte Winter- oder Sommerlieger. Man hat die erste sichere Spur des Commissionshandels in den Statuten von Genua vom J. 1589 finden wollen [9]). Die Vortheile, welche es dem Kaufmann gewährte, seine Geschäfte durch einen am fremden Orte angesessenen, der dortigen Verhältnisse kundigen Mann, gegen eine Vergütung, die bei der Menge der Commissionen überhaupt mäßig gestellt werden konnte, besorgen zu lassen, besonders die Ersparung an Zeit und Kosten mußte den Commissionshandel in Aufnahme bringen. Da es bei der Einsendung der Waaren in Commission in der jetzigen Handelswelt sehr üblich ist, sogleich nachdem die Waaren verladen, das Connossament abgesendet ist, auf den Commissionär Tratten gewöhnlich bis zu $\frac{2}{3}$ des Werthes der Waaren abzugeben, so ist dieses zugleich für den Committenten der Weg, den größten Theil des in den Waaren steckenden Capitals noch vor dem Verkauf disponibel zu machen.

IV. Die Sitte und Ansichten, die sich im Handelsverkehr selbst unter den Kaufleuten gebildet haben, und deren Befolgung von ihnen als dem Wesen des kaufmännischen Verkehrs gemäß und nothwendig erachtet werden, sind die Quellen, welche die Theorie bei Aufstellung der für den Commissionshandel geltenden Rechtsgrundsätze als Grundlagen ansehen muß. Erst wenn sie sich dieser bemächtigt hat, wird sie mit Sicherheit ermitteln können, welche gemeinrechtlichen, auf dem Gebiete des Privatrechtes geltenden Normen darauf anzuwenden sind. Wie im Allgemeinen in Bezug auf das Handelsrecht hat die Gesetzgebung der vorigen Jahrhunderte nur mehr gelegentlich das Eine oder das Andere besonders hervorgehoben und festgestellt [10]). Es ist dieses in den städtischen Statuten [11]), in Verordnung und Gesetzen über besondere Gegenstände [12]), vorzüglich in der Wechselordnung geschehen [13]). Die

---

9) S. v. Martens, Ursprung des Wechselrechtes, Anh. S. 46.
10) Vgl. Riccius l. c. passim u. Faber p. 39.
11) Z. B. hamb. Statut von 1603, II. T. 12. Art. 4—10.
12) Z. B. leipziger Kramerinnungsartikel von 1692 Art. 9: wornach weder Fremde noch Handwerker sollten Commissionshandel treiben dürfen. — Württemb. Handelsordnung v. J. 1728, Art. 8, S. 39.
13) S. dieselben bes. bei Treitschke, Encyclopädie der Wechselrechte, Bd. 1, S. 224—228.

Bestimmungen der letzteren betreffen meist durchgängig das Retentions- respective Pfandrecht des Commissionärs an den zum Verkauf eingesendeten Waaren, wenn er zugleich Wechsel für seinen Committenten acceptirt hat, und dieser in Concurs geräth. Erst die umfassenderen und vollständigeren Handelsgesetzgebungen der neueren Zeit haben auch dem Commissionshandel eine selbstständigere Rücksicht zugewendet [14]).

V. Wiewohl der Commissionshandel manches Eigenthümliche hat, so daß er nicht ganz einem der gemeinrechtlichen Rechtsgeschäfte untergeordnet werden kann, so berechtigt dieses noch nicht, das Commissionsgeschäft für eine neuere, gleichsam nur in sich selbst begründete und selbstständig zu beurtheilende Vertragsart zu erklären, wie es von einigen neueren Juristen geschehen [15]). Bei manchen wichtigen Rechtsfragen würde es, wenn man diese Ansicht festhalten wollte, an einer sicheren Grundlage für die Beurtheilung fehlen. Da aber die Herbeiziehung und Anwendung der Grundsätze, welche das römische Recht über die institoria und exercitoria actio, die locatio conductio operarum, den sogenannten contractus aestimatorius aufstellt, nur bei einer Verkennung der Natur des Commissionshandels und einer Verwechselung mit anderen davon zu unterscheidenden Geschäften möglich ist [16]), so müssen hier die Grundsätze des Mandats, so weit nicht Kaufmannsgebrauch und Gesetzgebung davon erweislich abgewichen sind, festgehalten werden. Die Bestimmungen der hamb. Statuten [17]) über den Commissionshandel sind größtentheils daher entlehnt [18]), das preußische Landrecht scheint die Anwendung des Mandats vorauszusetzen, das niederländische (Art. 59), das portugiesische (Art. 772) verweisen ausdrücklich auf die Analogie des Mandats [19]). Diese Auffassung hat denn auch

---

14) Das preuß. Landrecht, wohl von der Voraussetzung ausgehend, daß die allgemeinen Grundsätze vom Mandat zur Anwendung kommen möchten, enthält (II. 8. §. 698—701) nur Einiges über die Provision und das Lagergeld. Der Code de Commerce handelt vom Commissionshandel, T. 6, Art. 90—95; Darnach das badische Handelsrecht, Art. 91—96, doch mit eigenthümlichen Zusätzen. Ferner schließen sich mehr oder minder dem Code an: Wetbook van Koophandel, a. a. 1835, art. 58—62. Regolamento provis. di commercio (Roma a. 1821), art. 86—90. Codigo de commercio, a. a. 1829, art. 116—172. Codigo commercial portugez. a. a. 1833, art. 36—86, art. 788—825. Mittermaier a. a. O. führt noch ein neues Gesetz von Neufchatel v. 1. Jan. 1836 an.

15) Bender a. a. O. Bd. 1, S. 208. Faber l. c. p. 14 sq.

16) S. darüber Faber p. 23—32.

17) S. oben Note 11.

18) Vergl. Uebersicht der Quellen sämmtlicher Artikel des hamb. Stadtrechtes bei Gries, Commentar, herausg. von Westphalen, Hamb. 1837, Bd. 2, S. 372.

19) Nicht richtig ist es aber, wenn Faber a. a. O. S. 17 sagt, das französ. Handelsgesetzbuch Art. 92 nenne das, was im Civilrecht Mandat heiße, im Handelsrecht Commission. Der angezogene Artikel verweist in Betreff der Commissionäre, welche im Namen des Committenten handeln, auf die civilrechtlichen Bestimmungen von Mandat (Code civil art. 1984 sq.), nachdem zuvor der Commissionär für einen solchen erklärt ist, der im eignen Namen oder unter einer Gesellschaftsfirma für Rechnung eines Committenten

in der neueren Zeit entschieden festeren Boden gewonnen[20]). Die wesentlichsten Punkte, wodurch sich das Commissionsgeschäft vom reinen Mandat unterscheidet, sind: 1) die sich von selbst verstehende und auch ohne Verabredung zu zahlende Provision, die sich wohl weder mit dem Dienstlohne gleichstellen, noch auch streng genommen als ein eigentliches Honorar betrachten läßt; 2) daß der Commissionär im eignen Namen, nicht wie ein gewöhnlicher Mandatar in dem seines Mandanten handelt. Einiger anderen angeblichen oder wirklichen Abweichungen des Commissionsgeschäftes vom eigentlichen Mandat wird sich unten zu erwähnen Gelegenheit finden.

VI. Die Frage: wer dazu berechtigt sei, Commissionen zu übernehmen, die mir keineswegs mit Sicherheit beantwortet zu sein scheint[21]), dürfte dahin festgestellt werden, daß um Commissionshandel gewerbsmäßig zu betreiben, man die Befugniß zur Kaufmannschaft, da wo nach Landesgesetzen und Statuten dieses an besondere Erfordernisse geknüpft ist, erlangt haben muß. In einzelnen Fällen kann die Vollziehung eines Auftrages, selbst wenn er kaufmännischer Natur ist, z. B. Kauf oder Verkauf einer Waare, Jeder übernehmen, der überhaupt Rechtsgeschäfte eingehen kann, aber er wird dann immer nur als bloßer Mandatar, nicht als Commissionär zu betrachten sein, kann daher z. B. nicht, wo nichts darüber stipulirt ist, die übliche kaufmännische Provision und andere kaufmännische Rechte für sich in Anspruch nehmen. Es ist schon bemerkt worden, daß eine Commission sowohl brieflich als mündlich gegeben werden kann, und es kann die Uebernahme selbst ohne eine ausdrückliche Erklärung erfolgen[22]). — Wer aber Commissionshandel treibt, muß, wenn er einen Auftrag nicht übernehmen will, dem Committenten davon ungesäumt Anzeige machen und etwa zugeschickte Waaren vor Verderben zu sichern suchen[23]).

VII. Durch Uebernahme der Commission entsteht die Verpflichtung zur sorgfältigen Erfüllung derselben, und es ist der Commissionär zur Anwendung des größten Fleißes verpflichtet, den man von einem ordentlichen Kaufmann in Besorgung seiner eignen Geschäfte ver-

---

handelt. Dem ungeachtet besteht unter den franz. Juristen kein Zweifel, daß so weit der Code de comm. nicht besondere Grundsätze für den Commissionshandel aufgestellt hat, die vom Mandat zur Anwendung kommen. S. die folg. Note.

20) Siehe Pöhls a. a. O. S. 249. Mittermaier §. 551, I. Treitschke a. a. O. S. 6. Pardessus Cours. II. p. 634 sq. Vincens l. c. II. p. 111 sq.

21) Breuls §. 6. Bes. Faber §. 14. p. 58—62.

22) Bender §. 93. Faber §. 16. Mittermaier §. 551. IV.

23) Glück, Erläuterung der Pandekten, XV. S. 246. Bender §. 93. Faber p. 64. Mittermaier §. 551. V. u. §. 552. I. Sonnleithner S. 201. Pardessus II. p. 650. — Das span. Handelsgesetzbuch §. 120, 121, und das portug. haben es gesetzlich festgestellt. And. Mein. ist dagegen Treitschke S. 9, 10.

langen kann [24]). Diesen Fleiß hat er auch namentlich auf die Aufbewahrung der in Folge des Auftrages in seine Hände gekommenen Waaren des Committenten zu verwenden [25]); er ist demzufolge z. B. auch verpflichtet, die Waaren gegen Feuersgefahr zu versichern. Für die Mittelpersonen: Handelsgehilfen, Mäkler u. s. w., deren sich der Commissionär zur Ausführung des Auftrages bedient, haftet er, als hätte er das von ihnen Ausführte selbst gethan [26]). — Der Commissionär hat zunächst, so weit der ihm ertheilte Auftrag ein gemessener ist, diesen genau zu befolgen, oder von den etwaigen Hindernissen seinen Committenten in Kenntniß zu setzen [27]), so weit dieser aber den Auftrag unbestimmt gelassen, hat der Commissionär den Handelsgebrauch zu befolgen und so zu verfahren, wie er es den Umständen gemäß am vortheilhaftesten für seinen Committenten erachten muß [28]). Nächst dem Willen des Committenten muß die Erreichung des größtmöglichsten Vortheiles, wobei nur nicht die Sicherheit aus den Augen gesetzt werden darf, dem Commissionär höchstes Gesetz sein. — Wenn der Committent ein Limito vorgeschrieben, d. h. einen Preis gesetzt, über welchen der Commissionär beim Einkauf einer Waare nicht gehen, oder unter welchem er sie nicht weggeben soll, so versteht es sich von selbst, daß darin kein Verbot liegen kann, nicht wohlfeiler einzukaufen oder theurer zu verkaufen; der Commissionär ist vielmehr ungeachtet des Limito das Eine oder das Andere, wenn sich eine Gelegenheit dazu findet, zu thun verpflichtet und darf sich nicht etwa das durch das Abweichen vom Limito Gewonnene selbst zum Vortheil rechnen, da er nie ein Recht auf mehr als seine Provision hat [29]). Ist der Commissionär von dem Limito zum Schaden des Committenten abgewichen, so würde dieser den abgeschlossenen Kauf oder Verkauf als nicht geschehen ansehen und selbst etwaigen Schadenersatz fordern können [30]), wenn ihm nicht noch die Erfüllung des gesetzten Limito realiter angeboten wird [31]). Bei der Angabe der Quantität einer einzukaufenden Waare kommt es darauf an, ob der Committent nur einen allgemeinen Maßstab an die Hand geben wollte, oder ob sein Auftrag auf eine festbestimmte

---

24) Pöhls S. 250. Treitschke S. 13. S. auch Hasse, Culpa (Bonn 1838), §. 92—94, u. Anhang S. 569. Mühlenbruch, Pandekten, §. 429, Note 9.

25) Treitschke S. 39—42.

26) Faber p. 76. Mittermaier §. 551. VI. d. Treitschke S. 15, 30.

27) S. auch Mittermaier §. 551. XIII.

28) Pöhls S. 251, 255. Treitschke S. 12, 14.

29) L. 3. pr. L. 5. §. 3 — 5. L. 10. §. 8. D. mandati. (17. 1.) Bender S. 216 u. 227, vergl. Pöhls S. 257, 265, Mittermaier §. 551. IX. §. 552. VIII. und die daselbst angef. Aut. Treitschke S. 18, 19, Pardessus §. 565.

30) L. 5. §. 3. 4. L. 41. D. mandati (17. 1.) L. 1. §. 3. D. de except. rei vend. et trad. (21. 3.)

31. L. 5. §. 3. 4. L. 3. §. 2. L. 4. 8. mandati. C. 22. C. de fideiuss. et mand. (8. 41.)

Quantität gerichtet war[32]); ist im letzteren Falle die eingekaufte Quantität kleiner, so kann der Mandant ebenso als wenn die Qualität geringer als die begehrte gewesen, die Waaren zur Disposition des Commissionärs lassen, und ebenso das Mehr, wenn die Masse der eingekauften größer als die verlangte gewesen ist[33]). Der Committent muß sich darüber ungesäumt erklären[34]). — Sehr verschieden sind die Ansichten darüber, ob der Commissionär bei einem Auftrag zum Einkauf Waaren von seinem eignen Lager geben, oder bei einer Verkaufscommission selbst die Waare als Käufer übernehmen kann? Weniger möchte dabei aber wohl darüber gezweifelt werden können, ob es unter Kaufleuten sehr üblich sei, so zu verfahren, um die Vortheile des eigentlichen Kaufmannes mit denen des Commissionärs zu vereinigen, als ob sich ein solcher Gebrauch auch als zu Recht bestehend rechtfertigen lasse? Pöhls hat besonders (jedoch unter Anführung, daß die Kaufleute oft anderer Meinung sind) zu erweisen gesucht, daß der Commissionär jedesmal erst den Handel mit Anderen abzuschließen suchen (in den Markt gehen) müsse. Wenig zutreffend ist dabei Pöhls' Grund[35]), daß bei eröffneter Concurrenz sich oft dieselbe Waare wohlfeiler einkaufen läßt, denn man könnte wohl noch richtiger den ebenso allgemeinen Satz entgegenstellen: daß durch die vermehrte Nachfrage der Preis gesteigert und durch Angebot vermindert werden kann, so daß der Commissionär durch das „in den Markt gehen" etwa bei einer bedeutenden Partie ein Sinken oder Steigen des Preises zum Nachtheil seiner Committenten bewirken könne. Während der Code civil (art. 1596) das Verfahren, welches Pöhls bekämpft, bei Strafe der Nichtigkeit verbietet, hat das badische Handelsrecht (Art. 92 aa) es für zulässig erklärt, und ich glaube, daß man sich hier der Ansicht Treitschke's anschließen muß[36]), welcher behauptet, daß nach allgemeinen Grundsätzen und dem teutschen Handelsgebrauch es dem Commissionär allemal freistehe, selbst die Waare zu liefern oder zu überneh-

---

32) Pöhls S. 257.
33) Treitschke S. 30.
34) Ders. S. 31.
35) Pöhls S. 256, 262. Lauterbach comp. iur. XIX. 3. tit. c. und Riccius l. c. §. 5. p. 28, welche Treitschke als Meinungsgenossen von Pöhls nennt, sagen nur, daß bei einem gesetzten Limito der Commissionär, um sich den bei dem Stande der Dinge zu erreichenden Vortheil anzueignen, als Käufer oder Verkäufer eintreten dürfe. Vgl. Note 29.
36) Treitschke S. 15, 16. Uebereinstimmend Bender S. 217, 227. Maurenbrecher §. 353, gibt dem Commissionär das Recht, die eingesendeten Waaren nach dem Tagepreise selbst zu kaufen. Mittermaier §. 551. X. sagt: Unverträglich mit der Stellung als Commissionär ist es, wenn er selbst von eignen Waaren, die er bereits liegen hat, dem Committenten verkauft. Dabei wird aber Pöhls, Note 23, als abweichender Meinung genannt! §. 552 heißt es nur: das Recht des Commissionärs, Waaren, die ihm zum Verkaufe gesendet worden, selbst zu kaufen, wird nach Handelsgewohnheit (?) bezweifelt. — Das Archiv für das Handelsrecht, Bd. 2, S. 591, welches Mittermaier, und auch demzufolge Maurenbrecher hier anführen, berührt diese Frage gar nicht.

men, insofern dabei Zweck und Vortheil des Committenten (wobei nur Treitschke hätte hinzusetzen sollen, der nach dem Stande des Handels, nach Maßgabe der übrigen wirklich abgeschlossenen Geschäfte, wahrscheinliche, nicht irgend als möglich denkbare Vortheil), ebenso wie bei einem Handel mit Dritten erreicht wird. Die gegentheilige Ansicht würde selbst legislativ große Schwierigkeiten herbeiführen, weil man consequent dann auch behaupten müßte, daß ein Commissionär, dem eine Waare zum Verkauf eingesendet worden, nicht durch Abgabe derselben die Einkaufscommission eines anderen Committenten vollführen dürfe. Die Befugniß dazu bezweifelt man aber nicht; Mittermaier sagt nur, daß der Commissionär in diesem Falle die Interessen beider Committenten zweckmäßig zu vereinigen suchen muß[37]). — Ohne Genehmigung des Committenten darf der Commissionär nicht dem Käufer Credit geben, selbst wenn dadurch ein höherer Preis zu erlangen wäre[38]). Besteht an dem Orte, wo der Commissionär wohnt und die Waaren zum Verkauf eingesetzt sind, die Usanz, daß auch ohne besondere Verabredung die Zahlung erst in einer bestimmten Frist, gewöhnlich von einigen Wochen, geleistet zu werden braucht[39]), so bedarf es zur Gewährung eines solchen usanzmäßigen Credits keiner besonderen Erlaubniß[40]). Hat der Commissionär, wo er dazu ermächtigt war, Credit gewährt, so hat er, wenn der Schuldner zahlungsunfähig geworden, keinen Ersatz zu leisten, wenn er die gehörige Vorsicht angewendet, d. h. nur mit solchen Personen auf Zeit contrahirt hat, welche rücksichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit das Zutrauen des handelnden Publicums genossen, im guten Credit standen[41]). Eine Ausnahme davon tritt nur ein, wenn der Commissionär zugleich del credere stand. Man bezeichnet mit diesem Ausdruck aber einen beim Commissionshandel vorkommenden Nebenvertrag, wodurch der Commissionär gegen eine erhöhte Provision (gewöhnlich um 1 pCt.) sich verpflichtet, unbedingt für die Zahlungsfähigkeit des Contrahenten aufzukommen. Weiter als für die Solvenz des Schuldners geht hierbei aber die Haftungspflicht des del credere stehenden Commissionärs nicht; das Verhältniß des Schuldners wird dadurch nicht geändert[42]). Singulär ist es, wenn das badische Handelsrecht (Art. 92 a. d.) ohne einen solchen besonderen Nebenvertrag den Commissionär bei der Verkaufscommission stillschweigend ver-

---

37) Mittermaier §. 552. XI.

38) Mittermaier §. 553. IX. Note 12. Treitschke S. 24. And. Mein. Riccius l. c. p. 28. Püttmann miscell. p. 167.

39) Pöhls Bd. 1, S. 175. Treitschke, der Kaufcontract. Leipzig 1838. S. 173.

40) Mittermaier a. a. O. Treitschke, Commissionshandel, S. 25.

41) S. Pöhls S. 254, bes. die Anm. daselbst, und S. 265. Mittermaier §. 553, Note 13. Ueber die Vorschrift des hamb. Statut von 1603, II. T. 12. Art. 7: daß der Commissionär nicht gefährdet werden soll, wofern zu der Zeit, als der Kauf beschehen, der Käufer also bewandt gewesen, daß ihm auch andere fleiße Händler getrauet, — siehe Pöhls S. 272.

42) S. das Weitere bei Bender S. 228, Pöhls S. 268—270, Mittermaier §. 553, XII—XIV, Treitschke S. 27—30.

antwortlich macht. — Der Commissionär hat, wenn nichts Besonderes verabredet ist, die eingekauften Waaren sofort an den vom Committenten bestimmten Ort, unter Aufwendung des möglichsten Fleißes, namentlich bei Auswahl des Schiffers oder Fuhrmannes u. s. f., zu übersenden [43]), und ebenso hat er sogleich die eingegangenen Gelder, nach Abzug der Provision, Kosten und Auslagen, in Contanten zu übermachen, oder in guten Wechseln [43a]), die dem baaren Gelde gleich zu achten sind, zu remittiren, wenn er nicht etwa mit dem Committenten in laufender Rechnung steht, und dieser dann nicht die Auskehrung besonders verlangt hat [44]).

VIII. Der Commissionär hat nach vollzogenem Auftrage zunächst das Recht, die Provision oder die Belohnung für seine Mühewaltung zu fordern, ohne daß darüber etwas festgesetzt zu sein braucht [45]). Ihre Größe richtet sich dann nach dem Herkommen. Sie ist nicht bei allen Geschäften gleich, wird aber wohl immer von dem Betrage des Geschäftes, also von der Kaufsumme, der Summe der zu erhebenden Gelder, dem Versicherungsquantum u. s. f., procentweise berechnet [46]). Bei Waarengeschäften, d. h. Ein- und Verkäufen, beträgt sie in den europäischen Ländern zwei Procent [47]). Verdient ist die Provision, sobald ein Geschäft völlig abgeschlossen ist, ohne daß es darauf ankommen kann, ob es zum Nutzen des Committenten ausschlägt. Kommt das Geschäft nicht zu Stande, so hat der Commissionär, ungeachtet seiner aufgewendeten Thätigkeit, keinen Anspruch auf eine Belohnung; nur wenn eine Verkaufscommission widerrufen wird, pflegt der Commissionär eine sogenannte Auslieferungsprovision (commission de vente tentée), d. i. die Hälfte der Verkaufsprovision [48]), zu erhalten [49]). — Der Committent hat dem Commissionär ferner die nothwendigen und nützlichen Auslagen zu erstatten. Es soll der Letztere an den Unkosten und Spesen zwar keinen Vortheil haben, und nur das wirklich Verlegte berechnen, allein es tritt hier insofern eine Ausnahme ein, als er allerdings dem Committenten das in Rechnung bringen darf, was er für ihn doch hätte bezahlen müssen, wenn er es nicht selbst zu liefern im Stande

---

43) Bes. Bender S. 219—222. Pöhls S. 263—265. Treitschke S. 17, 32 u. 42.

43a) Treitschke S. 27.

44) Pöhls a. a. O.

45) So ausdrücklich: Preuß. Landr. II. 8. 698: Ein Kaufmann, welcher kaufmännische Geschäfte für einen Anderen, er sei Kaufmann oder nicht, besorgt, kann dafür auch ohne Verabredung Provision fordern.

46) Preuß. Landr. a. a. O. §. 699.

47) Büsch a. a. O. §. 5. Pöhls S. 267. Treitschke hebt S. 47 hervor, daß es bei der Einkaufsprovision, wenn der Commissionär unter dem Limito oder dem couranten Preise eingekauft hat, die Provision nach diesem, nicht nach dem wohlfeileren Einkaufpreise zu berechnen, billig oder, könnte man sagen, doch räthlich wäre.

48) Daß die Auslieferungsprovision in Hamburg die ganze Provision sei, sagt Pöhls S. 268 nicht, wie es Treitschke S. 55 behauptet.

49) Ueber die Provision s. bes. Faber p. 86—90 u. Pöhls S. 267. Vgl. Mittermaier §. 552. VII. Note 18.

gewesen wäre; dahin gehört: Lagermiethe[50]), Arbeitslohn für seine eignen Leute, Ersatz für die Benutzung von Geräthschaften zum Transport u. s. w. Der Ansatz ist hierbei nach dem Marktpreis oder sonst der Billigkeit gemäß zu machen[51]). Der Commissionär berechnet auch Zinsen für die ausgelegten Gelder[52]). — Wenn der Commissionär den Auftrag hatte, auf Credit zu verkaufen, braucht er, selbst wenn er del credere steht, nicht mit Ersatz seiner Spesen bis zum Eingang des Kaufgeldes zu warten[53]). Wegen der Unkosten sowohl als wegen der Provision steht dem Commissionär ein Retentionsrecht an den Waaren zu[54]), doch kann er solches nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen nicht wegen anderer Forderungen, namentlich dann nicht geltend machen, wenn er bei einer Verkaufscommission Tratten des Committenten honorirt hat[55]). Particularrechte, besonders mehrere Wechselordnungen[56]) geben dem Commissionär absolut ein Retentionsrecht wegen Forderungen an den Committenten[57]), und räumen ihm noch andere Vorrechte und Privilegien ein[58]). — Der Committent muß den Commissionär schadlos halten, wenn ihm etwa, ohne daß dieser es an der gehörigen Vorsicht mangeln ließ, durch die Waaren selbst ein Schaden zugefügt wurde[59]). Nach Ankunft der im Auftrag eingekauften Waaren hat der Committent sich sobald als möglich[60]) über die Annahme oder Nichtannahme zu erklären. Im Fall der Nichtannahme ist er zwar nicht verpflichtet sie zurückzusenden, muß aber die Disposition des Commissionärs darüber befolgen[61]).

IX. Es ist bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, die aus einem von dem Commissionär vermöge seines Auftrages abgeschlossenen Geschäfte hervorgehen, stets vor Augen zu haben, daß der Commissionär hier immer für einen Anderen handelt, aber in der Regel ohne ihn zu nennen, ohne daß selbst der, mit welchem contrahirt wird, davon Kenntniß hat, ob er für sich selbst oder nur als Beauftragter gehandelt habe. Es kommt dieses sowohl im Betreff des Ueberganges der Gefahr und des Eigenthumes einer eingekauften

---

50) Preuß. Landr. a. a. O. §. 700.

51) Faber p. 82. Bender S. 212. Pöhls S. 252, 260. Treitschke S. 47.

52) L. 12. §. 9. D. mandati. — Preuß. Landr. a. a. O. §. 695 (6 pCt.). Breuls p. 32. Pöhls, Treitschke a. a. O.

53) Treitschke S. 50.

54) Faber p. 82. Bender S. 212.

55) Pöhls S. 266, bes. Treitschke S. 69 flg.

56) Riccius l. c. §. 22—29. Treitschke, Encyclop. d. Wechselrechte, Bd. 1. S. 224.

57) Pöhls S. 266, und über das hamb. Recht S. 276.

58) Note 56. Faber p. 93. Besonders gehört hierher das franz. Recht: Code de commerce art. 93, 94, und das niederl. Gesetzb. Art. 58.

59) Faber p. 80. Vgl. Treitschke S. 48.

60) Genauere Vorschriften darüber enthält das badische Handelsrecht Art. 92 a. c. 93 a. g.

61) Pöhls S. 259, vgl. mit Treitschke S. 30.

Waare auf den Committenten, als bei Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen Committenten und Commissionär und dem Dritten, mit welchem ersterer contrahirt hat, in Betracht. — Was den ersten Punkt betrifft, so gehen Waaren, die ein Commissionär in Folge erhaltenen Auftrages und mit der Absicht, diesen zu erfüllen, eingekauft, selbst wenn der Verkäufer nichts davon weiß, daß sie für Rechnung eines Anderen gekauft worden, sobald sie dem Commissionär oder etwa einem von ihm bezeichneten Schiffer u. s. f. übergeben worden, sofort (unter der Voraussetzung, daß der Kaufpreis berichtigt ist) in das Eigenthum des Committenten über[62]). — Das Eigenthum, welches dem Committenten sowohl an solchen für ihn erworbenen, als natürlich auch an den von ihm seinem Commissionär zum Verkauf eingesendeten Waaren zusteht, äußert sich besonders auch, wenn der Commissionär in Concurs geräth, indem der Eigenthümer sie dann aus der Masse vindiciren kann[63]). — Indem der Commissionär nur in seinem Namen contrahirt, tritt auch nur er in Obligationsverhältniß gegen Dritte, während der Committent nur dem Commissionär gegenüber berechtigt und verpflichtet bleibt. Nur der Commissionär und sein Contrahent können daher gegen einander die aus dem Geschäfte hervorgehenden Ansprüche geltend machen. Da aber die Rechte aus dem im Auftrage vollzogenen Geschäfte für den Committenten erworben sind, so ist der Commissionär nicht nur berechtigt, wenn nach vollkommener Ausführung des Auftrages die erworbenen Rechte nur im gerichtlichen Wege geltend zu machen sind, dem Committenten sein Klagerecht abzutreten, sondern er ist selbst dazu verpflichtet, wenn er in seiner Stellung als Contrahent und Commissionär kein Interesse hat, selbst das Recht zu verfolgen. Nach gleichen Grundsätzen kann der Commissionär auch den Contrahenten nicht mit seinen Ansprüchen an den Committenten verweisen, ist aber wohl verpflichtet, sein Klagerecht zu überlassen, wenn auch hier nicht ein Interesse obwaltet, zunächst selbst die Forderungen an den Committenten geltend zu machen[64]).

X. Die Commission kann aufgehoben werden sowohl durch Widerruf von Seiten des Committenten, als durch Kündigung von Seiten des Commissionärs. Es muß im ersteren Fall aber noch res integra sein, so daß der Commissionär nicht durch Verbindlichkeiten, die er in Folge des Auftrages bereits eingegangen, oder sonstige Handlungen, die er vorgenommen hat, in Schaden versetzt wird[65]). Der Rück-

---

62) S. darüber Bender S. 217 flg., Pöhls S. 258, u. Treitschke S. 33 flg. Es werden daselbst auch die schwierigen Fälle erörtert, wenn entweder der Commissionär die Waaren von seinem Lager nimmt, oder wenn er eine größere Partie Waare kauft, worin zugleich die für den Committenten mit enthalten ist.

63) Treitschke S. 36.

64) S. darüber Faber p. 90. Besonders hat aber Treitschke ausführlich diese hier nach ihm angedeuteten Verhältnisse S. 73—104 zergliedert. Mittermaier §. 551. II. u. XX. scheinen sich zu widersprechen.

65) Zu weit geht hier Bender S. 214, der eine particularrechtliche Satzung, zu einem gemeinen Rechtssatze macht.

tritt des Commissionärs ist nur so weit rechtlich möglich, als dem Committenten aus der anfänglichen Uebernahme und dem nachmaligen Aufgeben kein Schaden erwächst[66]). — Unfreiwillig wird ein Erlöschen der Commission bewirkt: a) durch den Tod der beiden Contrahenten und die davon erlangte Kunde, insofern das Geschäft nicht unter einer Handlungsfirma eingegangen, und auch nach dem Tode eines Firmirenden das Handlungshaus als solches fortbesteht[67]); b) durch Aufhören der Firma; c) durch eingetretenes Fallissement des Auftragstellers oder des Beauftragten[68]). Wilda.

Communio (Gemeinschaft) heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsquellen[1]) das Rechtsverhältniß zwischen zwei Theilhabern an derselben Sache, welches für jeden derselben die Verbindlichkeit erzeugt, die gemeinschaftliche Sache unter sich theilen zu lassen. Daß das Miteigenthum eigentlich die Grundlage dieses Rechtsverhältnisses ist, ergibt sich theils aus dem beständigen Gegensatze von res propria und res communis[2]), theils daraus, daß, wer in diesem Rechtsverhältnisse steht, als dominus alterius partis bezeichnet wird[3]), und ist stillschweigend vorausgesetzt, wenn berichtet wird, daß die adiudicatio bei der aus diesem Obligationsverhältnisse stammenden Klage stattfindet[4]). Späterhin hat man indeß die Theilungsklage auch bei anderen gemeinschaftlichen Rechten außer dem Eigenthume zugelassen, z. B. bei der Superficies[5]), bei dem ager vectigalis[6]), bei der bonae fidei possessio, welche zur Publiciana berechtigt[7]), bei dem Pfandrechte[8]), bei der Uebertragung des Besitzes in Folge der Bezahlung einer Nichtschuld und überhaupt in allen Fällen, in welchen eine iusta possidendi causa vorliegt[9]). Bloße Detention begründet die communio nicht[10]). Ein weiteres Erforderniß dieser communio ist die formelle Gleichheit der Rechte der einzelnen Theilhaber in Betreff der gemeinschaftlichen Sache. Es ergibt sich dieß

---

66) Pöhls, S. 253, ist der Meinung, daß der Commissionär nur ausnahmsweise, aus triftigen Gründen die Commission kündigen dürfe.

67) Pöhls, S. 252, ist anderer Meinung, und glaubt, daß auch beim Tode des Committenten der Widerruf der Erben dem Commissionär erst zur Kunde gekommen sein müsse. So auch Mittermaier §. 551. XIX.

68) S. über Aufhebung und Erlöschen der Commissionen Faber p. 94—97, und besonders wieder Treitschke, der auch diesen Gegenstand mit besonderer Ausführlichkeit behandelt hat, S. 53—71.

1) L. 6. §. 1. D. communi div. (10. 3.) — Rerum communio findet sich in L. 23. D. de R. I. (50. 17.) L. 14. §. 1. D. 10. 3.

2) z. B. L. 14. §. 1. D. 10. 3. L. 29. pr. D. ibid.

3) L. 7. §. 13. D. 10. 3.

4) Caius inst. IV. §. 42. Ulp. fr. 19. 16. §. 4. u. 5. J. de officio iud. (4. 17.)

5) L. 1. §. 8. D. de superficiebus. (43. 18.)

6) L. 7. pr. u. §. 1. D. 10. 3.

7) L. 7. §. 2. D. 10. 3.

8) L. 7. §. 6. D. 10. 3.

9) L. 7. §. 3. D. 10. 3.

10) L. 7. §. 11. D. 10. 3.

theils daraus, daß die römischen Juristen immer nur solche Theilhaber, welche an der Sache gleiche Rechte haben, wie Eigenthümer, Pfandgläubiger u. s. w., zusammenstellen, theils daraus, daß, wenn die formelle Gleichheit derselben von der anderen Partei in Abrede gestellt wird, die Theilungsklage wegfällt [11]). Gleichgiltig ist es dabei, ob die Theilhaber die gemeinschaftliche Sache besitzen, da die Theilungsklage auch dann stattfindet, wenn keiner oder nur einer der Berechtigten besitzt [12]). Die Theilhaber heißen in der Kunstsprache der römischen Rechtsquellen socii, selbst dann, wenn kein Gesellschaftscontract vorliegt [13]). Die communio entsteht theils auf dem Wege des Contractes, theils durch andere Umstände. Im ersten Falle ist sie gewöhnlich Folge des Gesellschaftscontractes unter den Theilhabern [14]); im letzteren Falle tritt sie ein, so oft Jemand durch eine einseitige Handlung oder durch Zufall das Miteigenthum an einer Sache erwirbt [15]). Als gewöhnliche Beispiele dieser Art werden folgende Thatsachen in unsern Rechtsquellen hervorgehoben: wenn Zweien zusammen dieselbe Sache durch Legat vermacht worden ist, oder wenn Zwei zugleich dieselbe Erbschaft erwerben, oder dieselbe Sache durch Kauf oder Schenkung erhalten. Selbst zur Aushilfe tritt dieß Rechtsverhältniß ein, wenn der unter den Parteien beabsichtigte Gesellschaftscontract aus irgend einem Grunde bürgerlich unwirksam ist [16]) und gleichwohl Sachen mit gemeinschaftlichen Geldern angeschafft worden sind. Die Verpflichtungen, welche für die Theilhaber aus diesem Rechtsverhältnisse entstehen, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Jeder Theilhaber muß leiden, daß die gemeinschaftliche Sache auf Antrag des Gegners getheilt werde [17]), ausgenommen, wenn es sich um den gemeinschaftlichen Eingang mehrerer Häuser handelt [18]). Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, daß man keinen von den Theilhabern gegen seinen Willen nöthigen wollte, auf das ganze Nachbarhaus zu bieten, was dann leicht eintreten muß, wenn dasselbe keinen anderen Eingang hat. 2) Jeder Theilhaber ist verpflichtet, die aus der gemeinschaftlichen Sache hervorkommenden Früchte, ohne Unterschied, ob es natürliche oder bürgerliche sind, unter den Theilhabern zur Vertheilung zu bringen [19]). Wer sich

---

11) L. 7. §. 4 u. 5. D. 10. 3.
12) L. 30. D. 10. 3.
13) §. 3. J. 3. 27.
14) L. 31. D. pro socio. (17. 2.) L. 64. §. 13. D. ibid. L. 2. pr. D. 10. 3.
15) L. 2. pr. D. 10. 3. L. 31. D. 17. 2. §. 3. J. de obligationibus quasi ex contr. (3. 27.)
16) L. 33. D. 17. 2. L. 46. D. de obligat. et act. (44. 7.)
17) L. 29. §. 1. D. 10. 3. L. 5. C. comm. divid. (3. 37.) Daher ist der besondere Vertrag unter den Theilhabern, wodurch sie sich dieses Rechtes für immer begeben, völlig wirkungslos. L. 14. §. 2 u. 3 D. 10. 3. Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 11. S. 126—128.
18) L. 19. §. 1. D. 10. 3.
19) L. 3. pr. D. 10. 3. L. 11. L. 6. pr. §. 2, 4 u. 5. D. ibid. L. 34. D. 17. 2. §. 4. J. 4. 17. §. 3. J. 3. 27.

weigert, dieser Verpflichtung nachzukommen, wird mit der actio communi dividundo zu deren Erfüllung gezwungen. 3) Jeder Theilhaber ist verpflichtet, die von seinen Mitgenossen auf die gemeinschaftliche Sache verwendeten Unkosten nach Verhältniß seines Antheiles an der Sache zu ersetzen[20]), vorausgesetzt, daß der letztere dieß im vollen Bewußtsein gethan habe, daß die Sache gemeinschaftlich sei. Denn wenn aus der Handlung die Absicht des Theilhabers hervorgeht, nur die Geschäfte des Anderen zu verwalten, treten die Grundsätze von der Geschäftsführung ein[21]), und falls derselbe den gedachten Aufwand in der Meinung bestritten hat, es sei die gemeinschaftliche Sache seine eigne, so fällt jede Klage auf Rückforderung weg, und es bleibt ihm nur noch das Retentionsrecht an der Sache übrig. Die Verpflichtung der Theilhaber zum verhältnißmäßigen Kostenersatz erstreckt sich auch auf die nach der litis contestatio auf die gemeinschaftliche Sache verwendeten Auslagen[22]), und dauert auch dann fort, wenn die gemeinschaftliche Sache durch Zufall zu Grunde geht oder das Rechtsverhältniß durch einseitige Veräußerung aufgehoben wird[23]). Fragt man, welche Art der Auslagen hier in Betracht kommen, so ist auch hier die Analogie des Eigenthums entscheidend. Denn was bei der Vindication der Sache durch die Vorschützung der doli exceptio dem Besitzer erhalten wird, kommt auch in der actio communi dividundo in Betracht[24]), namentlich die nothwendigen Auslagen. Bei Häusern, zu deren Wiederherstellung der eine der Theilhaber Geld hergegeben hat, verliert sein Genosse das Miteigenthum zu Gunsten des ersteren, wenn er binnen vier Monaten, von der Vollendung des Baues an gerechnet, seinen Antheil an den Kosten mit Zinsen nicht zurückerstattet oder die Zurückerstattung durch eigne Schuld unmöglich macht[25]). 4) Jeder Theilhaber ist verpflichtet, den der gemeinschaftlichen Sache durch eignen dolus oder culpa zugefügten Schaden seinen Genossen zu ersetzen[26]). Die Culpa wird in diesem Falle nach den Regeln, welche vom Gesellschaftscontracte gelten, beurtheilt[27]). In Betreff der Dispositionsfähigkeit jedes Theilhabers über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache wendet man die Grundsätze vom Miteigenthum auf die communio an[28]), Es kann daher der Theilhaber

---

20) L. 6. pr. u. §. 3. D. 10. 3. L. 11. 12. u. 14. §. 1. D. ibid. L. 22. u. 29. pr. D. ibid. L. 34. D. 17. 2. L. 65. §. 13. D. ibid. L. 46. D. 44. 7. §. 3. J. 3. 27.

21) L. 40. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 14. §. 1. D. 10. 3. L. 29. pr. D. ibid. L. 6. §. 2. D. ibid. Vergl. Glück a. a. O. Th. 11. S. 149 flg.

22) L. 6. §. 3. D. 10. 3.

23) L. 6. §. 2. D. 10. 3. L. 11. D. ibid.

24) L. 14. §. 1. D. 10. 3.

25) L. 52. §. 10. D. 17. 2. L. 4. C. 8. 10.

26) L. 8. §. 2. D. 10. 3. L. 10. pr. u. L. 20. D. ibid. Vgl. Glück a. a. O. Th. 11. S. 139–149.

27) L. 23. D. 50. 17.

28) L. 28. pr. D. 10. 3.

über die Substanz der Sache keine eigenmächtige Verfügung treffen[29]), gegen den Willen seines Collegen keinen Bau auf dem gemeinschaftlichen Grundstück vornehmen[30]), keine gemeinschaftliche Mauer niederreißen, oder Fenster in derselben anlegen[31]), da hier der Grundsatz gilt: in pari causa est melior conditio prohibentis. Dagegen hat der Theilhaber an der communio jedenfalls das Recht, seinen Theil an der gemeinschaftlichen Sache zu verpfänden oder zu verkaufen[32]), und kann in der Ausübung dieses Rechtes von seinen Collegen nicht beschränkt werden. Am deutlichsten ergibt sich dieß aus den Grundsätzen, welche dann Anwendung leiden, wenn der eine von den Theilhabern ohne Einwilligung seiner Collegen die gemeinschaftliche Sache verkauft, als gehöre sie ihm allein eigenthümlich zu. Dieser Fall wird so beurtheilt, als ob der Verkäufer der Sache nur seinen Antheil verkauft habe, und den anderen Theilhabern bleibt es mithin unbenommen, ihr Eigenthumsrecht mit der rei vindicatio geltend zu machen[33]). Nur der Fiscus hat, wenn er mit Jemand in Miteigenthumsverhältnissen steht, das Recht, die ganze Sache zu verkaufen, doch muß er natürlich den Kaufpreis, welchen er gelöst hat, unter die Theilhaber nach Verhältniß ihres Antheiles an der Sache zur Vertheilung bringen[34]).

Was die Gründe anbetrifft, aus welchen dieß Rechtsverhältniß aufgelöst wird, so versteht es sich von selbst, daß die communio erlischt, wenn das gemeinschaftliche Recht, welches sie begründete, aufhört[35]). Ist sie durch einen, von den Theilhabern geschlossenen, Gesellschaftscontract entstanden, so dauert sie auch nach der Auflösung des Contractes so lange fort, als überhaupt noch gemeinschaftliches Gut vorhanden ist[36]).

Heimbach.

Compensation, auch **pensatio**, Aufrechnung, Anrechnung, heißt im weiteren Sinne[1]) die Aufhebung oder Beschränkung der juristi-

---

29) L. 28. pr. D. 10. 3.

30) L. 27. §. 1. D. de servitutibus praediorum urb. (8. 2.) L. 11. D. quemadmodum servitutes amittantur. (8. 5.)

31) L. 8. D. 8. 2.

32) L. un. C. si communis res pignori. (8. 21.)

33) L. 1. u. 2. C. de communium rerum alienatione. (4. 52.)

34) L. 2. C. 4. 52. L. un. C. de venditione rerum fiscalium. (10.4.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 11. S. 135.

35) L. 6. §. 1. D. 10. 3. L. 24. §. 1. D. ibid.

36) L. 65. §. 13. D. 17. 2.

1) L. 7. §. 1. D. de compensationibus. (16. 2.) L. 15. D. ibid. L. 39. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 67. §. 3. D. de legatis II. (31.) L. 52. §. 2. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 18. pr. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) Vergl. Krug a. a. O. S. 8. — Literatur: Glück, Erläuterung der Pandekten. Th. 15, S. 59—136. Hasse, über die Compensation und ihre Liquidität; im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7, Nr. IX, S. 145—207. Bethmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation; im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Jahrgang 1, S. 257—285. Krug, die Lehre von der Compensation. Leipzig 1833. Hartter,

schen Folgen eines Obligationsgrundes durch das Dasein eines anderen, welcher eine Gegenforderung begründet. In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck vor, wenn von der civilrechtlichen compensatio delictorum die Rede ist[2]), und wenn er auf das Retentionsrecht bezogen wird[3]). Im engeren Sinne wird der Begriff compensatio auf Geldschulden allein bezogen und in den römischen Rechtsquellen als eine gegenseitige Abrechnung des Geschuldeten und Geforderten[4]), also als eine fingirte Bezahlung zweier Gegenforderungen durch einander behandelt, und diese Annahme erhält ihre Erklärung durch die Bemerkung, daß, wer compensirt, von den römischen Juristen so angesehen wird, als ob er sich selbst bezahle[5]). Von den neueren Rechtsgelehrten, welche diese Lehre zum Gegenstande der Forschung gemacht haben, definirt sie Krug[6]) als die gesetzliche Fiction, vermöge deren ein Gläubiger mit demjenigen, was er gleichzeitig seinem Schuldner schuldet, unter gewissen Voraussetzungen insoweit, als dieß zum Schutze des Schuldners gegen das unbillige Verlangen der Zahlung nothwendig und nützlich ist, ohne Weiteres für bezahlt erachtet wird; Hartter[7]) hingegen erklärt sie für die juristische Fiction der Rechtsrealisirung, wenn zwei Personen zu gleichen gegenseitigen Leistungen verbunden sind. Beide Definitionen erscheinen indeß insofern zu eng, als sie den Begriff des cum compensatione agere ausschließen. Im vorjustinianischen Rechte war nämlich jeder argentarius, welcher seinen Schuldner verklagte, gezwungen, von dem in der intentio der formula ausgedrückten Betrage der Forderung so viel nach den Worten der formula in Abzug zu bringen, als der letztere an Objecten gleicher Beschaffenheit und Gattung von ihm zu fordern hatte[8]), und eine solche Fassung der Klage bezeichnete man mit den Worten: cum compensatione agere. That dieß der argentarius nicht, so beging er eine plus petitio und verlor in Folge derselben den Prozeß[9]). Im Justinianischen Rechte ist dieß freilich abgekommen, allein es steht nicht zu bezweifeln, daß die ältere Legaldefinition der compensatio auch das cum compensatione agere einschließt. Jedenfalls ist die compensatio von der ihr nicht unähnlichen deductio zu unterscheiden, d. h. von der Abrechnung, welche auch bei dem Mangel der Fälligkeit oder der Gleichartigkeit der wechselseitigen Forderungen eintritt und erst

---

das römisch-teutsche Recht der Compensation, mit Hinblick auf einige besondere, in Teutschland geltende Gesetze und Statuten. München 1837.

2) L. 39. D. 24. 3. L. 7. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.) Vgl. Krug a. a. O. S. 138 flg.

3) L. 7. §. 5. D. 24. 3. L. 1. C. rerum amotarum. (5. 21.)

4) L. 1. D. 16. 2. Modestinus lib. 6. Pandectarum. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. Theoph. inst. IV. 6. §. 30.

5) L. 31. §. 1. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) L. 95. §. 8. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.)

6) Die Lehre von der Compensation, S. 97.

7) Das römisch-teutsche Recht der Compensation, S. 42.

8) Caius inst. IV. §. 64—66.

9) Caius inst. IV. 67.

durch Umwandlung des Objectes ermöglicht wird. Im vorjustinianischen Rechte war der bonorum emtor gezwungen, wenn er die Außenstände des Cridars einklagte, unter Anfügung der deductio an die Condemnation, so die Klage einzurichten, daß Alles, was der Beklagte von dem Cridar zu fordern hatte, vom Betrage der Condemnationssumme in Abzug gebracht werden konnte[10]), und das nannte man cum deductione agere. Selbst im Justinianischen Rechte, wo diese Anwendung der deductio längst abgekommen, finden sich noch einzelne Spuren der deductio, wie bei der Erbschaftsklage[11]) und der rei uxoriae actio[12]).

Was die Geschichte der Compensation anbetrifft, so verdankt sie ihren Ursprung und ihre Ausbildung lediglich der Praxis. Volksgesetze und Senatsbeschlüsse haben dieß Rechtsinstitut nie berührt, und die wenigen kaiserlichen Constitutionen, welche in diese Lehre einschlagen, enthalten entweder blos Bestätigungen und Anwendungen dessen, was die Praxis bereits festgestellt hatte, oder sie dienen nur zur Hinwegräumung formeller Hindernisse, welche ihrer Anwendung entgegen stehen, oder sie enthalten endlich Ausnahmsgesetze, besonders zu Gunsten der öffentlichen Cassen. Die Compensation gründet sich auf die natürliche Billigkeit[13]) und kam zuerst wohl in den bonae fidei iudicia auf. Wenigstens nahm man schon sehr zeitig an, daß es zu dem Wirkungskreise des Privatrichters in diesen Klagen gehöre, die Gegenansprüche der Parteien gegen einander in Obacht zu nehmen, sie gegenseitig abzuwägen und die Condemnationssumme um so viel zu mindern, als die Schuld beträgt, welche der Beklagte von dem Kläger zu verlangen hat[14]). Auch bedurfte es in diesem Falle nicht einmal der ausdrücklichen Vorschützung einer Einrede. In den stricti iuris iudicia hingegen ließ man in den älteren Zeiten gar keine Compensation zu; erst seit einem Rescripte des Kaisers Marcus Aurelius gestattete man sie in der Form der exceptio doli mali[15]). Kaiser Justinian dehnte sie auf alle Klagen aus, ohne Unterschied, ob es persönliche oder dingliche sind[16]). — Es bedarf schon hier einer besonderen Erwähnung, daß in allen Fällen, in welchen die Compensation in der Form der Einrede geltend gemacht wurde, die Folgen der plus petitio, d. h. der Verlust des ganzen Prozesses für den Kläger nach den Grund-

---

10) Caius inst. IV. §. 65 u. 67.

11) L. 38. D. de hereditatis petitione. (5. 3.)

12) L. 8. D. de impensis in res dotales. (25. 1.)

13) L. 36. D. de administrat. et periculo tutorum. (26. 7.) L. 5. u. 6. C. de compensationibus. (4. 31.) L. 1. C. rerum amotarum. (5. 21.)

14) Caius inst. IV. §. 61 u. 63. §. 30. J. de actionibus. (4. 6.)

15) §. 30. J. 4. 6. ibique Theophilus. Albrecht (die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses, S. 88) hält indeß die Compensationseinrede in solchen Klagen für älter. Er stützt sich auf L. 14. D. de mortis causa donationibus (39. 6.), L. 2. 4. u. 19. D. de compens. (16. 3.), Stellen, welche indeß auch auf andere Weise erklärt werden können.

16) L. 14. pr. C. 4. 31. §. 30. J. 4. 6.

sätzen des vorjustinianischen Rechtes eintreten[17]), und dieß ist nicht als eine Singularität zu betrachten, sondern erscheint nur als eine Einwirkung des allgemeinen Grundsatzes, daß jede einmal vorgeschützte und bewiesene Einrede die Abweisung der Klage zur Folge habe[18]). Für das Justinianische Recht ist es freilich streitig, ob diese Wirkung im angegebenen Falle annoch fortbestehe, oder ob die in Form der Einrede vorgeschützte Compensation nur ein prozessualisches Mindern der Condemnationssumme zur Folge habe. Für die zuletzt genannte Meinung hat man eine Constitution Justinian's[19]) und eine Institutionenstelle[20]), in welcher der Inhalt derselben ziemlich unbestimmt wiedergegeben wird, geltend gemacht. Ein besonderes Gewicht legt man auch auf den Umstand, daß Theophilus als Wirkung der bei den stricti iuris actiones zur Geltendmachung der Compensation vorgeschützten doli mali exceptio nicht sowohl die Abweisung der erhobenen Klage, sondern die bloße Minderung der Condemnationssumme zu nennen scheint. Allein es steht dieser Meinung wohl der Umstand entgegen, daß die angeführten Stellen keine wahre Ausnahme von den allgemeinen Prozeßregeln in Betreff unserer Lehre enthalten; auch kommt noch in Betracht, daß selbst im Justinianischen Rechte den Exceptionen dieselben Wirkungen beigelegt werden, welche sie im vorjustinianischen Rechte hatten. Für das heutige Recht ist diese Controverse bedeutungslos geworden, da die Lehre des römischen Rechtes von der Consumtion des Klagerechtes durch die Litiscontestation und die damit zusammenhängenden Wirkungen der Einreden abgekommen sind. Vielmehr nehmen alle neueren Praktiker einstimmig an, daß die Compensationseinrede, auch wenn sie erst im Laufe des Prozesses erwiesen wird, nur die Minderung der Condemnationssumme herbeiführen und nur dann, wenn die compensirte Forderung der eingeklagten an Quantität gleichsteht, den Verlust des gegnerischen Anspruches erwirken könne[21]).

Die gangbarsten Eintheilungen der Compensation sind bei den neueren Rechtsgelehrten folgende: 1) voluntaria compensatio und necessaria. Mit dem zuerst genannten Ausdrucke bezeichnet man die Compensation, welche in Folge einer ausdrücklichen Verabre-

---

17) Pauli sent. recept. II. 5. §. 3. L. 4. C. 4. 31. Vgl. Krug a. a. O. S. 51. In L. 21. D. 16. 3., welche dasselbe besagt, dürfte es richtiger sein mit Albrecht a. a. O. S. 93, Note 21, nach placuit, als mit Cuiacius obs. VIII. 16. hinter inter omnes zu interpungiren, da die letzteren Worte offenbar dazu bestimmt sind, die Ausdehnung des Verhältnisses beim argentarius anzudeuten.

18) Caius inst. IV. §. 123 u. 124. in fine. §. 10. J. 4. 13. und dazu Schrader's Noten S. 713—715, Theoph. paraphr. IV. 13. §. 10. tom. II. p. 881—884. Vergl. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechtes, Th. 2. S. 395, Note 11.

19) L. 14. pr. C. 4. 31. Vgl. Albrecht a. a. O. S. 95.

20) §. 30. J. 4. 6.

21) Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 101—105. Krug a. a. O. S. 57—60. Albrecht a. a. O. S. 95—98. Hartter a. a. O. S. 163—170.

dung der Parteien eintritt, d. h. wenn einer der beiden Gläubiger erklärt, daß er sich seine Forderung mit dem, was er selbst schuldet, bezahlen wolle, und der andere diese Erklärung acceptirt. Man nimmt dann mit Hilfe der Fiction an, daß der Proponent wirklich bezahle, und der Acceptant wird mithin von seiner Schuld frei[22]). Dieß ergibt sich schon aus der allgemeinen Natur der Verträge; nur bleibt es dabei zweifelhaft, ob man in einem derartigen Vertrage nur ein gegenseitiges Aufgeben der Forderungen, oder vielmehr eine vertragsmäßige Hingabe an Zahlungsstatt (datio in solutum) erblicken solle. Geht man, wie z. B. Krug[23]), von dem zuletzt genannten Gesichtspunkte aus, so würde die durch die compensatio voluntaria hervorgebrachte Liberation eher als die Folge der wirklichen materiellen Befriedigung, als des Erlaßvertrages angesehen werden und daher auch dann eintreten müssen, wenn die materiellen Bedingungen der compensatio necessaria im concreten Falle nicht vorhanden sind. Unter compensatio necessaria versteht man die Art Compensation, welche nur von dem einseitigen Willen des Compensanten abhängt, mithin auch gegen den Willen des Gläubigers, gegen den sie gebraucht wird, geltend gemacht werden kann. Sie findet in allen Fällen statt, in welchen das Gesetz wider den Willen des Gläubigers annimmt, daß seine Forderung durch die Gegenforderung des Schuldners getilgt, d. h. durch Selbstzahlung erloschen sei. Dieß läßt sich in zwiefacher Weise denken. Es hat nämlich der Schuldner das Recht, entweder sich seine eigene Forderung mit dem Objecte der Schuld zu bezahlen und aus dieser, in seiner Person vorgegangenen Compensation eine Einrede gegen seinen Gläubiger herzuleiten, oder von seinem Gläubiger zu verlangen, daß dieser sich mit dem, was er seinem Gegner schuldet, bezahlt mache oder bezahlt gemacht habe. In beiden Fällen erscheint die Compensation in der Form einer selbstständigen Exception, welche die neueren Rechtsgelehrten exceptio compensationis zu nennen pflegen, während die Berufung auf eine compensatio voluntaria nur in der Form der allgemeinen exceptio pacti vorkommen kann. In den römischen Rechtsquellen ist die sogenannte compensatio voluntaria zwar der Sache, aber nicht dem Namen nach begründet[24]), auch wird in den Titeln, welche von der Compensation handeln, die sogenannte compensatio necessaria allein als die wahre Compensation behandelt, und es scheint mithin rathsamer, den Begriff der compensatio voluntaria ganz aus der Doctrin zu verbannen. 2) Tacita compensatio und expressa. Mit dem zuerst genannten Kunstausdrucke bezeichnet man die Compensation, welche durch die bloße Existenz compensabler Gegenforderungen begründet wird, und von der Willenserklärung der Parteien, das Rechtsmittel der Compensation zu gebrauchen, ganz unabhängig ist. Dahin gehört

---

22) Vergl. Krug a. a. O. S. 85—90.
23) A. a. O. S. 87.
24) L. 76. D. de V. S. (50. 16.) L. 4. D. qui potiores. (20. 4.) Vgl. Bethmann-Hollweg im rheinischen Museum, Th. 1, S. 268.

z. B. der Fall, wenn eine bonae fidei actio vorliegt und es sich im Laufe des Prozesses herausstellt, daß der Beklagte aus dem der Klage zu Grunde liegenden Geschäfte Gegenforderungen an den Kläger habe. Hier wird nämlich der Richter angewiesen, auch wenn der Beklagte die Einrede der Compensation nicht ausdrücklich vorgeschützt hat, die Gegenforderung an denselben in Betracht zu ziehen und ihren Betrag von der Condemnationssumme abzurechnen[25]). Mit dem Namen expressa compensatio bezeichnet man die Compensation, welche außer der Existenz compensabler Gegenforderungen auch noch die ausdrückliche Willenserklärung beider oder wenigstens einer von den Parteien voraussetzt. Diese Kunstausdrücke sind den römischen Rechtsquellen fremd, wenn schon der durch dieselbe angedeutete Unterschied der Compensationsformen jedenfalls in ihnen sich vorfindet. Dieser Unterschied zeigt sich namentlich in der Verschiedenheit der Wirkungen, da die Wirkungen der tacita compensatio jedenfalls beschränkter sind, als die der expressa. Von diesem Unterschiede kann aber erst unten, wo von der Wirkung der Compensation die Rede sein wird, das Nähere beigebracht werden.

Was die Erfordernisse der Compensation anbetrifft, so können überhaupt nur die der compensatio necessaria in Frage kommen, da die voluntaria compens. nach den Grundsätzen, welche von den Verträgen gelten, beurtheilt wird. Es lassen sich aber diese Erfordernisse nach dem Vorgange der neuesten Schriftsteller über diese Lehre in formelle und materielle theilen. Ein formelles Erforderniß der Compensation ist es, daß die Partei, zu deren Gunsten sie stattfindet, ausdrücklich oder stillschweigend ihre Einwilligung zur Compensation abgebe. Es ergibt sich dieß schon aus dem allgemeinen Grundsatze, daß es von Jedermanns Willen abhängt, sein Compensationsrecht zu brauchen[26]), und wird sogar in Bezug auf die Fälle der tacita compensatio durch eine Pandektenstelle ausdrücklich anerkannt[27]). Auch scheint sich dieß schon daraus zu ergeben, daß in den älteren Zeiten die compensirende Partei höchst wahrscheinlich auf die compensirte Forderung ausdrücklich Verzicht leisten mußte[28]). Die neueren Praktiker gehen noch weiter und verlangen ganz allgemein, daß, wer compensiren will, diesen seinen Entschluß auf dem Wege der Einrede geltend machen müsse[29]). Diese Einrede rechnet man zu den zerstörlichen, welche bekanntlich im Justinianischen Rechte bis zur Fällung des Endurtheiles nachgebracht werden können[30]). Auch ist sie selbst gegen die

---

25) Caius inst. IV. §. 61—63. §. 30. J. 4. 6. ibique Theoph.

26) L. 5. D. 16. 2. L. 13. D. ibid. Vgl. Bethmann-Hollweg im rheinischen Museum, Th. 1, S. 270 flg.

27) L. 1. §. 4. D. de contraria tutelae actione. (27. 4.)

28) L. 2. D. 16. 2. L. 21. D. ibid. Vgl. Krug a. a. O. S. 63 — 65.

29) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 15, S. 111. Hartter a. a. O. S. 205—209.

30) L. 4. u. 8. C. de exceptionibus. (8. 36.) L. 2. C. sententiam rescindi. (7. 50.)

iudicati actio zulässig[31]), und daraus haben die neueren Rechtsgelehrten die Regel hergeleitet, daß sie auch im Executionsverfahren vorgeschützt werden könne. — Die materiellen Bedingungen der Compensation sind im Einzelnen folgende: a) Exigibilität der zu compensirenden Forderung. Exigibel heißen solche Forderungen, deren Bezahlung sofort verlangt werden kann. Der Grund dieses Erfordernisses liegt in dem Umstande, daß, wer compensirt, sich bezahlt macht. Da nun in der Regel nur gegenwärtige, unbedingte und fällige Forderungen bezahlt werden müssen, so ergibt sich, daß man in der Regel auch nur mit gegenwärtigen, unbedingten und fälligen Forderungen compensiren kann. Künftige Forderungen können nur insofern zur Compensation benutzt werden, als der Compensant Cautionsstellung für seine zukünftige Befriedigung beansprucht[32]). Bei bedingten Forderungen muß man zwischen dem Falle der Suspensiv- und Resolutivbedingung unterscheiden. Im letzten Falle findet die Compensation statt, da eine solche Bedingung nicht die Realisirung des Rechtes hindert, sondern nur die Rückgabe des Geleisteten für den betreffenden Fall sichert[33]). Im zuerst genannten Falle ist die Compensation vor dem Eintritte der Bedingung überall nicht möglich, da eine solche Obligation überhaupt als nicht existirend angesehen wird, auch nicht als obligatio naturalis oder futura in Betracht kommen kann, und die Compensation eine Realisirung des Gegenanspruches involvirt. Betagte Forderungen sind vor dem Eintritte des Zahltages nicht compensabel[34]), wenn gleich nicht zu bezweifeln steht, daß die aus ihnen entstehende Obligation vor dem Eintritte dieses Termines bereits existirt. Dagegen hat die Compensation von gestundeten Forderungen keinen Anstand, wenn diese Gestundung in der bloßen Nachsicht des Gläubigers ihren Grund hat[35]); auch domicilirte Forderungen kommen, natürlich unter Berücksichtigung des Interesse loci, zur Abrechnung[36]); endlich kommen auch klaglose Forderungen, wofern dieselben wirkliche naturales obligationes sind, in Betrachtung[37]). b) Qualitative Gleichheit des Objectes der zu compensirenden Forderungen. Dieß Erforderniß hat lediglich seinen Grund in der Rechtsregel, daß Niemand gezwungen werden kann, anstatt dessen, was er zu fordern hat, etwas Anderes anzunehmen. Dieß ist nämlich ein bei der Zahlung durchgreifender Grundsatz, und da die Compensation eine Zahlung enthält, mußte er auch auf diese an-

---

31) L. 2. C. 4. 31.

32) Arg. L. 38. D. pro socio. (17. 1.) Vgl. Krug a. a. O. S. 105—107.

33) Vgl. Krug a. a. O. S. 37 u. 110, und Hartter a. a. O. S. 110.

34) L. 7. pr. D. 16. 2.

35) L. 16. §. 1. D. 16. 2. Vgl. Krug a. a. O. S. 111.

36) L. 15. D. 16. 2.

37) L. 6. D. 16. 2. vgl. mit L. 14. D. ibid. Vgl. Krug a. a. O. S. 113—118.

gewendet werden. Eine solche qualitative Gleichheit des Objectes findet indeß in der Wirklichkeit nie statt, sondern nur im Begriffe. Daraus ergibt sich nicht allein die Anwendung der Compensation auf Objecte, welche nur im Begriffe Existenz haben, z. B. auf vertretbare Sachen, sondern auch auf solche, welche nur im vorliegenden Falle als genera in Frage kommen; zugleich ergibt sich aber auch daraus der Grundsatz, daß auf eine obligatio speciei, d. h. eine solche, in welcher das geschuldete Object als Individuum, nicht dem Gattungsbegriffe nach in Betracht kommt, nicht compensirt werden kann. Diese Regel wird nicht allein in den Fragmenten des vorjustinianischen Rechtes[38]) als allgemein giltig vorausgesetzt, sondern auch für das Justinianische Recht durch das Zeugniß der Pandektenjuristen[39]) und der kaiserlichen Constitutionen[40]) erhärtet. Und wenn einzelne neuere Juristen, wie Duarenus[41]) und Bachovius[42]) sie bestritten haben, so erklärt sich dieß nur aus dem Umstande, daß jene Männer, dem Sprachgebrauche der römischen Rechtsquellen folgend, auch das Retentionsrecht zu dem Begriffe der Compensation hinzurechneten und dasselbe als eine durch die Thathandlung eines Menschen unter Mitwirkung des Richters wirklich werdende Compensation darstellten. Diese Regel verdankt ihren Ursprung wahrscheinlich der Doctrin und erscheint zur Zeit der classischen Juristen bereits ausgebildet. Für die ältere Zeit lassen sich nicht unerhebliche Zweifel gegen ihre Allgemeingiltigkeit erheben, da im Formularprozesse alle Forderungen, wenn man das endliche praktische Resultat ihrer Rechtsverfolgung in Betracht zieht, Geldforderungen waren[43]), ferner beim statuliber, welchem im Testamente sein peculium vermacht worden, auch noch nach classischem Pandektenrechte eine Ausnahme von der Regel stattfindet, wenn ihm der Erbe in der Zwischenzeit Geld vorgeschossen hat[44]), und auch das Verfahren, welches beim cum deductione agere zur Verwirklichung der Deduction stattfand[45]), eine Analogie für die Geltendmachung der Compensationsansprüche gegen obligationes speciei an die Hand gibt. Indeß ist durch diese Regel keineswegs gesagt, daß beide Gegenforderungen generelle Obligationen sein müssen, sondern es genügt zur Realisirung der Compensation, wenn nur die Forderung, worauf compensirt wird, generell ist. Denn der Compensant kann auch eine obligatio speciei zur Compensation brauchen, z. B. wenn Titius dem Sempronius ein Pferd verkauft, und der Letztere später dem Ersteren in Folge

---

38) Pauli sent. recept. II. 5. §. 3. Caius inst. IV. §. 66. wendet sie auch auf das cum compensatione agere an.

39) L. 5. pr. D. de impensis in res dotales factis. (25. 1.) L. 18. pr. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 13. §. 2. D. de pignoribus. (20. 1.)

40) L. 6. C. de rei vindicatione. (3. 32.)

41) Comm. ad L. 7. §. 5. D. soluto matrimonio. (24. 3.)

42) Ad Treutlerum disp. 25. thes. 7.

43) Caius inst. IV. §. 49.

44) L. 8. pr. D. de peculio legato (33. 8.) vergl. mit L. 6. §. 4. D. ibidem.

45) Caius inst. IV. §. 66.

eines Legates ein Pferd in genere schuldig wird, so wird Sempronius, wenn Titius aus dem Testamente klagt, compensiren, d. h. erklären können, daß er dem letzteren gerade dasjenige Pferd liefern wolle, was jener ihm aus dem Kaufe schulde. Den Gattungsverbindlichkeiten setzt man die alternativen Verbindlichkeiten gleich [46]), und läßt gegen sie die Compensation eintreten, dafern nur das eine der zu leistenden Objecte ein genus ist, und die Forderung, womit compensirt wird, auf dasselbe genus oder wenigstens auf eine species aus demselben genus gerichtet ist [47]), während umgekehrt mit einer alternativen Forderung nur dann compensirt werden kann, wenn beide Gegenforderungen alternativ und beide auf zwei gleiche genera gerichtet sind, da das Wahlrecht des Schuldners bei solchen Obligationen nicht verletzt werden darf. Besondere Bestimmungen treten in dem Falle ein, wenn bei der vorliegenden generellen oder alternativen Verbindlichkeit das Wahlrecht ausdrücklich dem Gläubiger vorbehalten worden ist. Auf solche kann nur insofern compensirt werden, als die Forderung, womit man compensirt, entweder auf dasselbe genus oder auf dieselben alternativen genera gerichtet ist, oder der Gläubiger von seinem Wahlrechte bereits Gebrauch gemacht und dadurch die generelle Obligation in eine Forderung auf ein Individuum verwandelt hat [48]), während umgekehrt mit dergleichen Gattungs- und alternativen Forderungen zweifelsohne compensirt werden kann, sofern der Gläubiger gerade das zu wählen berechtigt ist, was der Schuldner zu fordern hat. Streitig ist es, ob die Compensation bei solchen Obligationen stattfinde, welche ein corpus oder die Vornahme einer Handlung zum Gegenstande haben. Für die Obligationen der zuerst genannten Art berufen sich die, welche hier die Möglichkeit der Compensation in Abrede stellen, wie Voët, Thibaut, Seuffert, Valett, auf eine Reihe von Gesetzen [49]), welche indeß diese Behauptung nicht unterstützen. Zudem geht schon aus dem Gesagten hervor, daß, wenn corpora nach Gattungsmerkmalen bestimmt werden, sie durch diese Abstraction von ihrer Individualität juristisch vertretbar werden, und wenn auch die römischen Rechtsquellen kein bestimmtes Beispiel von der Compensation der corpora enthalten, so erklärt sich dieß einfach aus der Bemerkung, daß in der Regel nur fungible Sachen abgeglichen werden, und daß die römischen Juristen bei ihrer Casuistik an das Gewöhnliche sich zu halten pflegen. Für die Obligationen, welche die Vornahme einer Handlung zum Gegenstande haben, nehmen die meisten Rechtsgelehrten, unter welchen namentlich Lauterbach, Vorhof, Mevius, Bucher, Seuffert und Krug zu nennen sind, mit apodiktischer Gewißheit an, daß sie nicht zur Compensation benutzt werden können, und man beruft sich zu diesem Zwecke auf einige

---

46) Arg. L. 54. pr. D. de verb. oblig. (45. 1.)
47) Vgl. Krug a. a. O. S. 124 flg.
48) L. 22. D. 16. 2.
49) L. 18. pr. D. 13. 7. L. 18. §. 2. D. 20. 1. Vgl. Hartter a. a. O. S. 129—131.

Pandektenstellen[50]), welche indeß für diese Meinung nichts beweisen. Denn die eine Stelle sagt nur so viel, daß die Künstler verschieden sind nach der Art und Weise ihren Gegenstand zu behandeln, verschieden an Talent und Bildung, und daß daher Jemand, welcher in eigner Person etwas zu leisten hat, keinen Anderen substituiren könne; die andere hingegen bezieht sich auf einen blos speciellen Fall und spricht nicht einmal von allen Handlungen, sondern nur von solchen, die ein facere im Gegensatze des dare, d. h. des Uebertragens des Eigenthums zum Gegenstande haben. Demnach scheint es viel richtiger, mit Hartter[51]) anzunehmen, daß Arbeiten, welche einen bestimmten Geldwerth haben, und bei denen es gleichgiltig ist, von wem sie vorgenommen werden, zur Abrechnung geeignet sind, während solche, welche nicht in bloßen Dienstleistungen bestehen oder zu deren Vollziehung Wissenschaft und Kunst gehört, zur Compensation nicht benutzt werden können. Für den ersten Theil der Behauptung lassen sich wenigstens mehrere Gesetzstellen anführen, nach welchen die Uebertragung versprochener Geschäfte an Andere für zulässig erachtet wird, wenn die Geschäfte entweder einen gemeinen Marktpreis haben, oder es sonst gleichgiltig ist, von wem sie verrichtet werden[52]). c) Gegenseitigkeit der Forderungen. Gegenseitig heißen Forderungen, welche sich so zu einander verhalten, daß der Gläubiger einer jeden derselben zugleich Schuldner der anderen ist[53]). Daraus folgt, daß in der Regel Niemand mit der einem Anderen gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung compensiren kann[54]); daß ferner in der Regel Niemand mit einer Forderung compensiren kann, welche ihm gegen einen Anderen zustehet, als seinen Gläubiger[55]), und daß endlich ein Dritter, welcher für den belangten Schuldner zahlen will, seine eigene Gegenforderung nicht zur Abrechnung benutzen kann[56]). Die angeführten Grundsätze berechtigen uns anzunehmen, daß ein Gemeindeglied aus den Rechten eines anderen Gemeindegliedes ebenso wenig, als aus dem Rechte der Gemeinde selbst abzurechnen befugt ist[57]), und daß, wer einen Anderen als procurator in rem alienam oder als Vormund vertritt, nicht berechtigt ist, dem Schuldner seines Vollmachtgebers oder Mündels die Abrechnung aus eignen Gegen-

---

50) L. 31. D. de solutionibus et liberationibus. (46. 3.) L. 39. §. 5. D. de statuliberis. (40. 7.) Vgl. Krug a. a. O. S. 133—136.

51) A. a. O. S. 135—137.

52) L. 13. §. 1. D. locati conducti. (19. 2.) L. 5. §. 2. D. de praescriptis verbis. (19. 5.) L. 25. §. 8. D. 19. 2. L. 8. §. 3. D. mandati. (17. 1.)

53) In den römischen Rechtsquellen ist in dieser Beziehung von invicem deberi die Rede. Vgl. L. 3. u. 4. C. 4. 31.

54) L. 9. C. 4. 31.

55) L. 16. pr. D. 16. 2.

56) L. 18. §. 1. D. 16. 2. L. 9. C. 4. 31. L. 16. C. de solutionibus. (8. 43.) Vgl. Hartter a. a. O. S. 50.

57) L. 7. §. 1. D. quod cuiusque universitatis nomine. (3. 4.)

forderungen zu opponiren[58]), ebenso wenig, als diesen Vertretern, wenn sie im eignen Namen klagen, aus den Forderungen gegen die Pupillen und den Mandanten die Compensation entgegengesetzt werden kann[59]). Auch gibt es wohl überall keine wirklichen Ausnahmen von diesen Grundsätzen, sondern nur scheinbare, welche sich indeß auf folgende Gründe zurückführen lassen: aa) auf die Fiction der Personeneinheit zwischen verschiedenen Personen, wie sie zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt stehenden Kindern stattfindet. Wird der erstere eigner Schulden halber belangt, so kann er mit Forderungen des Peculiums, wofern dieß nicht ein castrensisches oder adventicisches Sondergut ist, compensiren; dagegen muß er sich auch gefallen lassen, daß dem aus dem Peculium klagenden Haussohne seine, des Vaters, Schulden angerechnet werden. Schulden des Haussohnes, welche in Rücksicht auf das Peculium gemacht worden, verpflichten den Vater nur so weit, als das Peculium reicht. Klagt also der Vater eine eigne Forderung ein, so kann ihm die Schuld seines Haussohnes nur in der angeführten Weise angerechnet werden[60]). Klagt er aber eine Forderung seines Haussohnes ein, so muß er sich ausnahmsweise die Anrechnung der in Rücksicht auf das Peculium contrahirten Schulden in solidum gefallen lassen[61]). Wird der Vater mit der actio de peculio belangt, so steht es ihm frei, seine eigenen Forderungen ebenso gut, als die seines Haussohnes zur Compensation zu bringen; wird aber der Haussohn aus einem in Rücksicht auf das Peculium gemachten Geschäfte verklagt, so kann er auch Forderungen seines Vaters zur Compensation bringen, wenn er überhaupt nur die cautio rati leistet[62]). bb) Auf die gewissen Personen verliehene Rechtswohlthat, sich auf die Anderen zustehenden Exceptionen zum eignen Schutze zu berufen. Das allgemeine, diese Ausnahme normirende Princip ist, daß nur denen die Berufung auf eine dem Anderen zustehende exceptio compensationis zu ihrem eignen Schutze gestattet sei, an deren Sicherheit derjenige, welcher sie erworben hat, ein eignes Interesse hat[63]). Dieß gilt namentlich von Bürgen[64]), und von correi debendi, welche einander aus dem Correalverhältnisse zu entschädigen verpflichtet sind, läßt sich dasselbe aus allgemeinen Gründen nicht ohne Wahrscheinlichkeit behaupten[65]). Auch den Handlungscom-

---

58) Vgl. Hartter a. a. O. S. 51.
59) L. 23. D. 16. 2.
60) L. 19. D. 16. 2.
61) L. 9. pr. D. 16. 2.
62) L. 9. §. 1. D. 16. 2.
63) L. 21. §. 6. D. de pactis. (2. 14.) L. 23. D. ibid. L. 6. u. 7. D. ad SC. Velleianum. (16. 1.) L. 9. §. 3. D. de SC. Macedoniano. (14. 6.)
64) L. 4. D. 16. 2. L. 5. D. ibid. vergl. mit L. 32. D. de fideiuss. (46. 1.) u. §. 4. J. de replicat. (4. 14.) L. 19. D. de exceptionibus. (44. 1.)
65) Arg. L. 10. D. de duobus reis. (45. 2.) L. 2. C. de duobus reis. (8. 40.) Vgl. Krug a. a. O. S. 161—164. Die römischen Rechtsquellen

pagnons ist diese Rechtswohlthat zu entschädigen verpflichtet sind, tarii socii beurtheilt werden [66]). Rechte derjenigen Person, welche Anfang an erworben hat. Dieses Universalsuccession, als in einer Singularsuccession begründet sein. In Betreff der Universalsuccession ist es allgemein anerkannt, daß die exceptio compensationis, gleich allen nicht rein persönlichen Rechten, auf die Erben und gegen die Erben übergeht, gleichviel ob sie nach dem Civilrechte oder nach dem prätorischen Edicte ihren Anspruch auf die Erbschaft realisiren [67]). Doch können die Erbschaftsgläubiger mit solchen Erbschaftsschulden, welche erst nach des Erblassers Tode fällig werden, ingleichen auf eigne Forderungen des Erben oder auf solche Erbschaftsactiva, die erst nach des Erblassers Tode fällig werden, nur insoweit compensiren, als der Erbe die Erbschaft zu vertreten hat. Ist das Letztere noch ungewiß, ohne daß dem Erben dabei etwas zur Last fällt, so muß die Compensation bis zur Regulirung der Erbschaft ausgesetzt werden [68]). In Betreff der Singularsuccession leidet es beim Cessionar keinen Zweifel, daß er mit der cedirten Forderung auf eine eigne Schuld gegen den debitor cessus compensiren könne [69]); nach älterem Rechte freilich erst nach der Litiscontestation über die cedirte Forderung, da er erst durch sie das Dispositionsrecht über die Forderung erhielt. Gleichwohl sind die meisten neueren Rechtsgelehrten [70]) der Meinung, daß die Einrede der Compensation dem Cessionar schon seit der Denuntiation an den debitor cessus zustehe, weil nach den Vorschriften des neueren Rechtes der erstere schon von der Denunciation an das Dispositionsrecht über die cedirte Schuld erhält [71]). In Betreff des debitor cessus ist es streitig, ob er mit Forderungen, welche er, der cessus, gegen den Cedenten hat, gegen den Cessionar compensiren könne [72]). Für die bejahende Meinung spricht zwar kein Quellenzeugniß, wohl aber folgende aus der Natur der Sache geschöpfte Gründe: daß durch die Cession die Lage des debitor cessus nicht verschlechtert wer-

zuzugestehen, da auch sie einander und nach Analogie der argen-

cc) Auf das Eintreten in die die exceptio compensationis von Eintreten kann ebenso gut in einer

---

bezeichnen solche correi, welche zur gegenseitigen Entschädigung verpflichtet sind, mit dem Namen duo rei promittendi socii L. 62. pr. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) L. 3. §. 3. D. de liberatione legata. (34. 3.) L. 9. §. 1. D. 45. 2.

66) L. 25. pr. D. 2. 14. L. 27. pr. D. ibid. L. 9. pr. D. ibid. L. 34. pr. D. de receptis. (4. 8.)

67) L. 3. C. de contr. iud. tut. (5. 58.)

68) Vgl. Krug a. a. O. S. 166.

69) L. 18. pr. D. 16. 2.

70) So schon die Glosse ad L. 18. pr. D. de compens. Vgl. Krug a. a. O. S. 167.

71) Vgl. Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, §. 47, S. 491 flg. (3. Ausg.)

72) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Krug a. a. O. S. 169 — 71.

den dürfe, daß ferner die Existenz einer compensabeln Gegenforderung jede Forderung ipso iure zur obligatio inefficax macht, so daß die letztere nicht mehr giltig cedirt werden kann[73]), und daß endlich der debitor cessus durch die bloße Existenz einer Gegenforderung die exceptio compensationis gegen den Cedenten erwirbt, nun aber alle Einreden, welche dem cessus gegen den Cedenten schon vor der Cession zustanden, auch dem Cessionar entgegengesetzt werden können, dafern sie nicht ausdrücklich auf die Person des Cedenten beschränkt sind[74]). Dabei versteht es sich von selbst, daß die allgemeinen und besonderen Erfordernisse der Compensation schon zur Zeit der Cession vorhanden sein müssen, wenn gleich manche Rechtsgelehrte der Meinung sind, daß es zur Berufung auf die Compensation gegen den Cessionar schon hinreiche, wenn diese Erfordernisse nur in dem Augenblicke, wo der cessus glaubhafte Nachricht von der Verwirklichung der Cession erhalten hat, vorhanden seien. Nach Analogie der Cession[75]) ist auch der Fall zu behandeln, wenn eine Verpfändung eines nomen vorliegt. Hier steht es nämlich dem verpfändeten Schuldner frei, mit einer Forderung an den Verpfänder oder an den Pfandgläubiger aufzutreten, da er ja offenbar die Wahl hat, die verpfändete Schuld gleich im Voraus als getilgt, oder den Kläger selbst als seinen Schuldner darzustellen[76]). Dabei versteht es sich von selbst, daß der Verpfänder die Gegenforderung des verpfändeten Schuldners nicht zur Compensation gegen den Pfandgläubiger gebrauchen kann. Bei der Delegation gelten andere Grundsätze, als bei der Cession, da durch die Delegation ein neues Rechtsverhältniß zwischen dem Stipulanten und dem Promittenten unter Aufhebung der alten Obligation begründet wird. Es kann daher der Delegat dem Delegatar nie Forderungen an den Deleganten entgegensetzen, da er überhaupt die ihm gegen den Deleganten aus dem alten Schuldverhältnisse zustehenden Einreden gegen den Delegatarius nicht brauchen kann[77]). Stellte sich demnach die delegirte Forderung schon vor der Delegation durch die Einrede der Compensation als erloschen dar, so kann der Delegat aus diesem Umstande nur Rechte gegen den Deleganten ableiten, insofern er durch den Beitritt zur Delegation demselben Rechte gewährt hat. Im Falle der Assignation kann eigentlich von Compensation gar nicht die Rede sein, da sie weder nothwendig eine Schuldforderung voraussetzt, noch eine solche begründet, außer im Falle der Acceptation, wodurch die Assignation nach der Meinung der meisten neueren Rechtsgelehrten auf gleiche Linie mit der Delegation

---

73) L. 112. D. de R. J. (50. 17.) L. 3. §. 1. D. de pecunia constituta. (13. 5.) L. 14. D. 16. 2. Vgl. Hartter a. a. O. S. 103—105.

74) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 592—601.

75) L. 7. C. de hered. vel. act. vend. (4. 39.) Vgl. Krug a. a. O. S. 174.

76) L. 18. pr. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 13. §. 2. D. de pignoribus. (20. 1.) L. 4. C. quae res pignori. (8. 17.) Vgl. Hartter a. a. O. S. 60—62.

77) L. 19. D. de novationibus. (46. 2.) vergl. mit L. 12. D. ibid.

gestellt wird. Gegen Forderungen, welche auf den Inhaber oder auf Ordre gestellt sind, kann man sich in der Regel nicht auf Forderungen gegen die Vormänner des jetzigen Inhabers berufen, da die Absicht der Parteien bei der Eingehung solcher Obligationen offenbar darauf gerichtet war, daß der Schuldner nur den letzten Inhaber derselben als seinen Gläubiger betrachten solle [78]). Im legatum nominis, wo es nach den Grundsätzen des neueren Rechtes nicht mehr einer förmlichen Cession zum Behufe der Uebertragung des Legates an den Legatar bedarf, kann der Schuldner des legirten Nomen nicht allein mit Forderungen an den Legatar compensiren, sondern auch mit solchen, welche er an den Erblasser oder an die Erben hat [79]).

Treffen alle die genannten Erfordernisse zusammen, so ist die Möglichkeit der Compensation zu vermuthen. Denn theils kann dieselbe auch gegen die am meisten privilegirten Personen, z. B. gegen den Fiscus [80]) und den eignen Mündel [81]), geltend gemacht werden, theils können dazu nicht allein Forderungen aus Verträgen, sondern auch solche, welche aus Delicten [82]) oder aus unmittelbarer Disposition der Gesetze [83]) stammen, benutzt werden. Auch ist es gleichgiltig, welche Klage vom Gegner angestellt worden [84]), zumal da nach der neuesten Verordnung Justinian's die Compensation bei allen persönlichen und dinglichen Klagen ipso iure eintritt [85]). Endlich kommt auch nichts darauf an, ob die zur Compensation benutzte Forderung aus demselben Rechtsgrunde, aus welchem die Klage entsteht, stammt oder nicht [86]). Nur bei der compensatio tacita, welche in den bonae fidei iudicia eintritt, ist es auch nach den Vorschriften des neueren Rechtes ein allgemeines Erforderniß, daß die gegenseitigen Forderungen dem Rechtsgrunde nach mit einander connex seien [87]), und es erklärt sich dieß einfach aus den römischen Begriffen von der Wirksamkeit des Privatrichters bei solchen Klagen [88]). Die Ausnahmen von der Regel, daß die Compensation überall Platz ergreifen könne, lassen sich auf folgende vier Punkte zurückführen: aa) Auf die juristische Annahme, daß bestimmten Rechten der juristische Schutz ganz und gar oder theilweise entzogen sei. Daher können Forderungen aus unerlaubten Geschäften (iura legibus reprobata) nicht zur Compensation benutzt werden. Dahin gehören die den verbotenen Glücksspielen zu Grunde

---

78) Vgl. Krug a. a. O. S. 172.
79) Vgl. Krug a. a. O. S. 175.
80) L. 24. D. 16. 2. L. 12. D. ibid. L. 3. C. 4. 31.
81) L. 1. §. 4. D. 27. 4. L. 11. C. 4. 31.
82) L. 10. §. 2. D. 16. 2.
83) L. 10. C. 4. 31. Vgl. Krug a. a. O. S. 190.
84) L. 10. §. 2. D. 16. 2. L. 1. §. 4. D. 27. 2. L. 11. C. 4. 31.
85) L. 14. pr. C. 4. 31. Theoph. paraphr. inst. IV. 6. §. 30.
86) Pauli sent. rec. II. 5. §. 3. L. 8. C. 4. 31. Theoph. inst. IV. 6. §. 39.
87) Caius inst. IV. §. 61. §. 30. J. 4. 6. ibique Theoph.
88) Cic. de off. III. 17., Topic. 17. L. 5. pr. D. de obligat. et act. (44. 7.) §. 3. J. de obligationibus ex consensu. (3. 23.)

liegenden Verträge; zinswucherliche Contracte; Schenkungen über 500 solidi ohne gerichtliche Insinuation, inwiefern sie das angegebene Maß übersteigen; die von gerichtlich erklärten Verschwendern ohne Einwilligung ihrer Curatoren abgeschlossenen Verträge; Cessionen von Forderungen, welche ein Jude an einen Christen bewerkstelligt, oder die an Mächtigere geschehen; Verträge mit Richtern wegen Schenkungen in Sachen der Rechtspflege; Verträge, worin sich Advocaten von ihren Clienten vor Beendigung des Rechtsstreites Geschenke oder eine Quote des Streitgegenstandes für den Fall des Sieges zusichern lassen. Dasselbe ist wohl auch in folgenden Fällen anzunehmen, in welchen freilich die Gesetze dem Berechtigten ausdrücklich nur die Klage entziehen [89]): wenn der Gläubiger des Minorennen bei der Uebernahme der Vormundschaft über denselben seine Forderung an denselben verschwieg, und, wenn die Cession der Forderung gegen die lex Anastasiana geschieht und der Cessionar deshalb die Klage aus der Forderung, insoweit er sie nicht oneros erworben hat, zu Gunsten des debitor cessus verliert. bb) Auf die durch prozessualische Gründe herbeigeführte Consumtion des Klagerechtes. Eine solche Consumtion ist nach den allgemeinen Prozeßregeln in allen Fällen anzunehmen, in welchen der zur Compensation benutzten Forderung eine Einrede entgegensteht [90]), da jede im Fortgange des Prozesses bewiesene Einrede die Abweisung der erhobenen Klage zur Folge hat. Nach dieser Regel sind die Fälle zu entscheiden, wenn eine Frau gegen das SC. Velleianum intercedirt und der Klage aus der Intercession die exceptio SC. entgegensteht, oder wenn Jemand einer unter der väterlichen Gewalt stehenden Person Geld leiht und die Einklagung desselben durch die exceptio SC. Macedoniani unmöglich gemacht wird. Aus demselben Grunde ist endlich das Fortbestehen einer natürlichen Verbindlichkeit zur Zahlung zu leugnen, wenn Jemand durch einen ungerechten Ausspruch des Richters von einer Verbindlichkeit entbunden worden ist, und die Möglichkeit der Compensation aus verjährten Ansprüchen in Abrede zu stellen. Als eine Ausnahme von der Regel, daß Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, nicht zur Compensation benutzt werden können, erscheint die Verfügung, daß auch durch Litiscontestation bereits anhängig gemachte Forderungen zur Compensation benutzt werden können [91]). cc) Auf die Mangelhaftigkeit des die Compensationsansprüche betreffenden Beweises. Im vorjustinianischen Rechte bedurfte es im Falle der tacita compensatio nicht immer eines sofortigen Beweises, da hier wenigstens Retention noch möglich war; und für die expressa scheint sich dasselbe Resultat aus einigen Stellen der römischen Rechtsquellen zu ergeben [92]). Nach

---

89) Anderer Meinung ist Hartter a. a. O. S. 90—92.
90) L. 14. D. 16. 2.
91) L. 8. D. 16. 2. Vgl. Krug a. a. O. S. 248 flg.
92) L. 1. §. 4. D. quae sententiae sine appell. (49. 8.) L. 46. §. 4. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 14. u. L. 6. §. 1. C. 4. 31. Vgl. Krug a. a. O. S. 237.

einer Constitution Justinian's sollen indeß in allen Fällen, in welchen die Compensation in der Form einer Einrede geltend gemacht wird, nur klare Compensationsansprüche, deren Beweis nicht vielen Umschweifen unterliegt, berücksichtigt werden[93]); auch sollen die Richter bei der Zulassung der Compensationseinrede nicht leichtsinnig verfahren, sondern, wenn sie, den Beweis der Klage vorausgesetzt, finden, daß die auf diesem Wege geltend gemachten Gegenansprüche ein weitläufiges Beweisverfahren nothwendig machen, sie zur separaten Klage verweisen und den alten Prozeß sofort durch die Abgabe des Urtheils beenden. Ueber die Auslegung dieser Constitution herrschen sehr verschiedene Ansichten unter den neueren Rechtsgelehrten. Die richtigere, namentlich durch das Zeugniß des Theophilus[94]) unterstützte Meinung erklärt jede Compensation mit illiquiden Forderungen für unzulässig. Gleichwohl ist nicht in Abrede zu stellen, daß die fragliche Constitution nur von dem Falle spricht, wenn der Klagegrund eingeräumt oder bewiesen worden ist. Ferner steht nicht zu bezweifeln, daß auch illiquide Forderungen in manchen Fällen nach Justinianischem Rechte zur Compensation benutzt werden konnten. Daher haben die neueren Rechtsgelehrten aus dem Inhalte der Constitution die Rechtsregel zu bilden gewagt, daß man unbewiesene Gegenforderungen nicht auf bewiesene Forderungen des Klägers zur Compensation bringen könne (illiquidi cum liquido nulla est compensatio), und diese Auslegung der Constitution wird durch das Zeugniß des Thaleläus[95]) bedeutend unterstützt. Nach der Erklärung von Hasse[96]) und Bethmann-Hollweg[97]) dürfte es als Regel betrachtet werden müssen, daß nur liquide Gegenforderungen in der Compensationseinrede beachtet werden dürfen. Ausnahmen finden statt, wenn gesetzlich anerkannte Rücksichten der Billigkeit dieselben rechtfertigen. Dieß tritt in folgenden Fällen ein: α) wenn die Forderung des Klägers illiquid ist. Hier soll auf den Grad der Liquidität und die wahrscheinliche Dauer der gegenseitigen Beweisführung gesehen werden, damit nicht eine leicht bewiesene Klage durch weitaussehende Beweisführungen des Beklagten aufgehalten werde; β) bei Gegenforderungen ex pari causa, aber auch nur dann, wenn der Kläger, dessen Forderung liquid ist, nicht Caution leisten will; γ) wenn die Parteien in solchen Verhältnissen zu einander stehen, daß die gegenseitige Abrechnung gleich bei der Eingehung jenes Verhältnisses in ihrer Absicht lag. Krug[98]) bezieht die Verordnung Justinian's nur auf solche Compensationsposten, welche nach der Litiscontestation auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden, und

93) L. 14. §. 1. C. 4. 31.
94) Par. J. 4. 6. §. 30. tom. II. p. 820. u. §. 39. p. 837.
95) Basil. 24. 10. ed. Fabr. tom. III. p. 584.
96) Im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7. S. 187—205.
97) Im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. 1, S. 261—285.
98) A. a. O. S. 241—243. Vergl. auch Fuhr in Schunk's Jahrbüchern der juristischen Literatur, Bd. 27, S. 243 flg., und Hartter a. a. O. S. 224—230.

behauptet mithin, daß es bei illiquiden Compensationsposten auch nach dieser Constitution beim Alten geblieben sei, d. h. daß sie nur insofern Berücksichtigung im gegenwärtigen Prozesse verdient hätten, als sie vor der Litiscontestation in der Form der Einrede geltend gemacht worden. Für den Beweis der Einrede, welchen nach den allgemeinen Regeln vom Beweise der Beklagte zu führen hat, ist keine bestimmte Zeitfrist vorgeschrieben; es genügt also, wenn derselbe bis zum Endurtheil nachgebracht wird. Nur wenn der Fiscus als Kläger auftritt, ist dem Beklagten zum Beweise der Einrede eine Frist von zwei Monaten vorgeschrieben, nach deren Ablauf die unbewiesene Exception erlischt[99]). dd) Auf positive Ausnahmen von der aequitas compensationis. Solcher Ausnahmen finden sich in den römischen Rechtsquellen folgende begründet: α) der Fiscus braucht sich nicht die Einrede der Compensation gefallen zu lassen, wenn er directe oder indirecte Steuern[100]), oder den aus dem Verkaufe einer Sache geschuldeten Kaufpreis vom Käufer einfordert[101]). Auch ist er insofern begünstigt, als die Forderung des Kaufpreises, den er aus dem Kaufe schuldet, nicht zur Compensation benutzt werden kann[102]); daß der, welcher an eine besondere fiscalische Behörde, eine Specialcasse, Einnahme oder Büreau des Fiscus zu zahlen hat, nicht dasjenige in Abrechnung bringen darf, was er von einer anderen solchen Behörde zu fordern hat[103]), und daß bei verzinslichen Darlehen, welche der Staat gegeben hat, Compensation unstatthaft ist[104]). Auch ist es ein allgemeiner Grundsatz, daß Zahlungen, welche der Fiscus zwar einnimmt, aber zu besonderen Zwecken zu verwenden hat, nicht mit Forderungen an den Fiscus compensirt werden können[105]). Dahin wird Alles gerechnet, was man an den Fiscus als Beiträge zur Verpflegung der Armen, zur Bestreitung des öffentlichen Aufwandes an Getreide oder Oel, zur Ausrüstung des Heeres[106]), oder in Folge eines dem Staate geschuldeten Fideicommisses zu zahlen hat[107]). Daß diese Privilegien des Fiscus auch der Kirche und den städtischen Gemeinden, wie manche Praktiker wollen, zu Gute kommen, scheint zu bezweifeln, da solche Ausnahmen von der Regel keiner ausdehnenden Erklärung unterliegen. Für die städtischen Gemeinden läßt sich indeß theils der Umstand geltend machen, daß am Ende der Hauptstelle[108]) von einem civitatis debitor die Rede ist, daß diese civitas offenbar als synonym mit der am Anfang der Stelle erwähnten

---

99) L. 46. §. 4. D. 49. 14.
100) L. 46. §. 5. D. 49. 14. L. 3. C. 4. 31.
101) L. 7. C. 4. 31
102) L. 46. §. 5. D. 49. 14. Manche, wie Krug a. a. O. S. 194, verwechseln diese Ausnahme mit der zuerst angeführten.
103) L. 1. C. 4. 31.
104) L. 3. C. 4. 31.
105) L. 46. §. 5. D. 49. 14. L. 3. C. 4. 31.
106) L. 20. D. 16. 2.
107) Vgl. Krug a. a. O. S. 191—194.
108) L. 3. C. 4. 31.

res publica erscheint, und daß auch die Basiliken die Stelle nur von den Schuldnern einer Stadt, nicht von den des Staates verstanden haben[109]). β) Wer auf Herausgabe oder Ersatz einer gewaltsam oder überhaupt mala fide besessenen Sache belangt wird, verliert zur Strafe für die mala fides die Einrede der Compensation[110]). Deshalb sprechen die Praktiker dem Spolianten selbst den Abzug der von ihm auf die Sache verwendeten Gelder ab[111]). γ) Bei der actio depositi directa ist jede Berufung auf Compensation ausgeschlossen, selbst dann, wenn der Compensant eigne Depositalansprüche an den Kläger geltend machen wollte[112]). Streitig ist es, ob wenigstens nicht der auf die deponirte Sache gewendeten nothwendigen Auslagen halber die Compensationseinrede zulässig sei oder nicht. Wahrscheinlich dachte Kaiser Justinian bei Abfassung der Constitution, welche diese Ausnahme begründet[113]), zunächst nur an selbstständige Gegenansprüche, welche aus einem verschiedenen Rechtsgrunde herstammen[114]); doch steht nicht zu bezweifeln, daß die allgemein sprechenden Worte des Gesetzes füglich zur Bestärkung der verneinenden Meinung benutzt werden können. — Außer diesen, in den römischen Rechtsquellen begründeten Ausnahmen haben die neueren Rechtsgelehrten noch andere aufzustellen versucht, welche indeß bei genauerer Untersuchung sich als unhaltbar darstellen. Es sind folgende: αα) Gegen die actio commodati directa soll die Compensationseinrede unzulässig sein. Allein die Coderstelle[115]), auf welche man sich deshalb beruft, scheint viel richtiger aus dem Grundsatze, daß Geld mit Sachen nicht compensabel ist, erklärt werden zu können. ββ) Auf Alimente, γγ) auf Fideicommisse und δδ) auf rückständigen Zehnten ist nach der Meinung der älteren Praktiker Compensation unzulässig. Die erste dieser Annahmen hat ihren Grund in einer falschen Erklärung der L. 3. C. de compensat. (4. 31.), welche schon durch den Zusammenhang des Ganzen widerlegt wird; die zweite wird durch eine ganz deutlich sprechende Coderstelle widerlegt[116]); die letzte beruht auf einer unstatthaften Vergleichung des Zehnten mit den Steuern.

Was die Wirkungen der Compensation anbetrifft, so ist es nöthig, dieselben in Bezug auf die Forderung, auf welche compensirt wird, und auf die, welche compensirt wird, zu detailiren. In Bezug auf die Forderung, welche durch die Compensation getilgt werden soll, ist es eine allgemeine Regel, daß dieselbe, insoweit sie durch die zur Compen-

---

109) Basil. 23. 10. ed. Fabr. tom. III. p. 580.

110) L. 14. §. 2. C. 4. 31. vergl. mit L. 31. §. 1. D. de hered. pet. (5. 3.)

111) Vgl. Hartter a. a. O. S. 123.

112) Pauli sent. rec. II. 12. §. 12. L. 11. pr. C. depositi vel contra. (4. 34.) L. 14. §. 1. C. 4. 31. §. 30. J. 4. 6. ibique Theoph. tom. II. p. 821.

113) L. 11. pr. C. 4. 34.

114) Vgl. Krug a. a. O. S. 204.

115) L. 4. C. de commodato. (4. 23.) Vgl. Krug a. a. O. S. 207.

116) L. 5. C. 4. 31.

sation benutzte Forderung gedeckt wird, als erloschen angesehen werden muß. Es geht dieß daraus hervor, daß die Compensation in ihren Wirkungen der Zahlung gleichgesetzt wird [117]), und eine wirkliche Liberation erzeugt [118]). Und diese Wirkung tritt schon in dem Augenblicke ein, wo die materiellen Bedingungen der Compensation vorhanden waren, d. h. von dem Zeitpunkte an, wo die Einrede der Klage hätte entgegengestellt werden können, falls diese früher angestellt worden wäre [119]). Folgerungen aus diesem Grundsatze sind es, wenn von diesem Zeitpunkt an der Lauf der vertragsmäßigen Zinsen selbst für den Fall, daß das compensirte Capital unverzinslich ist, sistirt wird [120]); wenn die für die eingeklagte Schuld bestellten Pfandrechte von selbst aufhören [121]); wenn die Bürgen und alle Regreßpflichtige entlastet werden und wenn endlich die Folgen des Verzugs durch die Existenz der Gegenforderung aufgehoben werden. Mit diesem Grundsatze hängt es wohl auch zusammen, wenn in den römischen Rechtsquellen längst vor dem Zeitalter Justinian's die Regel: compensatio ipso iure fit, gegeben wird [122]), welche im Sinne des vorjustinianischen Rechtes wohl nur die Bedeutung haben kann, daß die Wirkung der Compensation von selbst eintrete [123]). Auch findet sich dieser Grundsatz in einer Constitution Justinian's [124]) und in dessen Institutionen [125]) wieder; doch nehmen ihn mehrere neuere Rechtsgelehrte, wie Bethmann-Hollweg [126]) und Krug [127]), in diesen Stellen in der prozessualischen Bedeutung, im Gegensatze des per exceptionem. Andere, namentlich die älteren Praktiker, gingen von der Ansicht aus, dieser Grundsatz könne an verschiedenen Orten nur eine Bedeutung haben, und erklärten denselben so, daß die exceptio compensationis nicht vorgeschützt zu werden brauche, sondern vom Richter ex officio berücksichtigt werden müsse. Hieraus schloß man weiter, daß ein Urtheil, in welchem die Compensationseinrede, gleichviel, ob vorgeschützt oder nicht, übergangen worden war, nichtig sei, und daß man sich daher auch noch nach einem solchen der Rechtskraft unfähigen Urtheile auf die Compensation berufen könne [128]). Die Gleichstellung der Compensation mit der Solution in ihren Wirkungen erstreckt sich aber nicht allein auf die beiden Parteien, sondern auch Dritte können

---

117) L. 4. C. 4. 31. Basil. 25. 10. 28. tom. III. p. 580.
118) L. 10. pr. D. 16. 2.
119) L. 4. C. 4. 31.
120) L. 11. D. 16. 2. L. 7. C. de solutionibus. (8. 43.) L. 4. u. 5. C. 4. 31. Vgl. Hartter a. a. O. S. 177.
121) L. 43. D. 46. 3. L. 12. C. 4. 31.
122) L. 10. pr. D. 16. 2. L. 21. D. ibid. L. 4. C. 4. 31.
123) Vgl. Hasse, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7, S. 155—164, und Krug a. a. O. S. 67—73.
124) L. 14. pr. C. 4. 31.
125) §. 30. J. 4. 6.
126) Im rheinischen Museum, Th. 1, S. 273—279.
127) A. a. O. S. 89.
128) So besonders Zasius ad §. 30. J. de action. Nr. 3 u. 6.

ohne Weiteres sich darauf berufen und für sich Rechte daraus herleiten [129]). Dieß Alles gilt bei der compensatio expressa. Bei der tacita sind indeß wohl auch gleiche Wirkungen anzunehmen; indessen glauben manche Rechtslehrer, daß Dritte sich im vorliegenden Falle auf diese Fiction nur insofern berufen können, als der Schuldner daran, daß sie dieß können, ein Interesse hat [130]). — In Bezug auf die Forderung, welche zur Compensation gebracht wird, muß ebenfalls angenommen werden, daß sie, insoweit sie die Gegenforderung deckt, für bezahlt erachtet werden müsse. Dieß ergibt sich schon aus der Fiction der Selbstzahlung, welche der Compensationseinrede zu Grunde liegt, und muß zugleich auch auf die Hemmung des Zinsenlaufes und das Erlöschen der Pfandrechte und anderer Nebenrechte erstreckt werden. Uebersteigt die compensirte Summe den Betrag derjenigen, auf welche compensirt wird, so kann natürlich der Richter nach den allgemeinen Prozeßregeln den Kläger nicht auf Bezahlung des Ueberschusses condemniren [131]), außer wenn beide Forderungen aus demselben Geschäfte stammen, in welchem Falle es dem Gutachten des Richters überlassen bleibt, den Kläger sofort zu verurtheilen [132]). Es wird nämlich stillschweigend angenommen, daß der Beklagte wegen des Ueberschusses bei demselben Richter die Gegenklage angebracht habe, und aus dieser Annahme die Möglichkeit der Verurtheilung des Klägers erklärt. — Fragt man, welchen Einfluß das über die exceptio compensationis ergangene Urtheil auf die vom Beklagten zur Compensation benutzte Forderung habe, so kommt hier vorzüglich der Fall in Betracht, wenn das gedachte Urtheil ungeachtet der vorgeschützten Einrede den Bitten des Klägers gemäß condemnatorisch ausfällt. Für diesen Fall enthalten die römischen Rechtsquellen die einfache Regel, daß, wenn der Richter die vorgeschützte Gegenforderung als nicht existirend verworfen hat, der Beklagte diese Forderung nie wieder geltend machen könne; daß er hingegen, wenn der Richter die Gegenforderung nur nicht berücksichtigt hat, dieselbe behalte, mithin sowohl klagend als anderweit compensirend geltend machen könne [133]). Die Anwendung dieser Regel in der Praxis macht einige Schwierigkeit. Als verworfen muß die Einrede gelten, wenn der Richter aus dem Anführen des Beklagten ersah, daß demselben ein Gegenanspruch gar nicht zustehe, oder der Kläger dieses Anführen durch liquide Repliken elidirte; wenn ferner dem Beklagten der Beweis seiner Einrede rechtskräftig auferlegt worden ist, und derselbe entweder nichts erwiesen, oder sich am Beweise versäumt oder demselben renuncirt hat. Für unberücksichtigt muß aber die Einrede gelten im Falle des nachgelassenen Beweises, oder wenn gar nicht auf Beweis

---

129) L. 4. D. qui potiores. (20. 4.)

130) Vgl. Krug a. a. O. S. 79.

131) Arg. L. 18. D. communi divid. (10. 3.)

132) L. 14. C. de sententiis et interlocutionibus. (7. 45.) Vgl. Heffter im Archiv für civil. Praxis, Bd. 10, S. 210.

133) L. 7. §. 1. D. 16. 2. L. 8. D. de negotiis gestis. (3. 5.) L. 1. §. 4. D. de contraria tut. act. (27. 4.)

der Einrede erkannt worden ist, weil die materiellen Bedingungen der Compensation fehlten, die Einrede gar nicht oder zu spät vorgeschützt worden ist, oder die materielle Liquidität derselben fehlte[134]).

Es bleibt noch übrig zu untersuchen, welche Grundsätze dann eintreten, wenn derjenige, welcher sich durch die Einrede der Compensation schützen könnte, die klagbar gemachte Forderung bezahlt, ohne von seiner Einrede Gebrauch zu machen. Im Allgemeinen läßt sich hier wohl annehmen, daß er eine Nichtschuld bezahle, da die Gegenforderung schon durch ihre Existenz die eingeklagte Forderung aufgehoben hat. Hat mithin der Schuldner die Zahlung aus entschuldbarem Irrthum geleistet, und ist auch der Gläubiger bei der Annahme der Zahlung im Irrthum, so kann der Erstere das Gezahlte mit der condictio indebiti, freilich ohne Zinsen des Verzuges zurückverlangen, selbst dann, wenn die zu compensirende Forderung ein naturale debitum war[135]). War der Gläubiger bei der Annahme der Zahlung davon unterrichtet, daß seine Forderung schon durch Compensation getilgt worden, so steht dem, welcher diese Zahlung geleistet hat, außer der genannten Condiction[136]) auch noch die condictio furtiva und die actio furti zu[137]), da die wissentliche Annahme eines indebitum von den römischen Rechtsgelehrten geradezu für Diebstahl erklärt wird. Wenn aber der, welcher die Zahlung geleistet hat, wissentlich von der ihm zustehenden Einrede der Compensation keinen Gebrauch machte, so liegt darin noch keineswegs ein Verzicht auf die Einrede. Dieß ergibt sich theils daraus, daß es nur von dem freien Willen eines Jeden abhängt, ob er von dieser ihm zustehenden Einrede Gebrauch machen will, theils daraus, daß im Fall des Nichtgebrauches derselben dem Beklagten noch alle anderen Mittel und Wege offen stehen, auf welchen er seine Ansprüche überhaupt der Natur der Sache realisiren kann[138]); gleichviel ob dieß auf dem Wege der Einrede[139]), oder auf dem Wege der Widerklage[140]) geschieht. Manche neuere Rechtsgelehrte[141]) erblicken indeß in der wiederholt unterlassenen Vorschützung dieser Einrede, einen Verzicht auf dieselbe, wofern nur noch andere Gründe, aus denen dieser geschlossen werden kann, hinzutreten. Indeß widerstreitet diese Annahme dem all-

---

134) Vgl. Biener quaest. c. 67—69. in eiusdem opusc. acad. Vol. II. p. 263—270. v. Langenn, in dessen und Kori's Erörterungen praktischer Rechtsfragen, Th. 1, Nr. XIX, S. 162—188. Krug a. a. O. S. 257 — 263.

135) L. 10. §. 1. D. 16. 2. L. 5. §. 2. D. de impens. in res dot. fact. (25. 1.) Vgl. Krug a. a. O. S. 264.

136) L. 65. §. 8. D. 12. 6. L. 37. D. ibid.

137) L. 18. D. de condictione furtiva. (13. 1.) L. 38. §. 1. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 43. pr. D. de furtis. (47. 2.) L. 80. §. 5 u. 6. D. ibid. Anderer Meinung ist Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 74 flg.

138) L. 1. §. 4. D. 27. 4.

139) L. 5. D. 16. 2.

140) L. 1. §. 4. D. 27. 4. Vgl. Krug a. a. O. S. 269.

141) Vgl. Leyser medd. ad Pand. spec. 173. med. 4. u. 5.

gemeinen Princip des römischen Rechtes, daß Verzichte auf wohlerworbene Rechte nur auf dem Wege des Vertrages herbeigeführt werden können [142]), und wird auch nur in einem einzigen Falle nach dem Pandektenrechte [143]) gelten können, wenn nämlich eine nahverwandte Person das ihr vom Verstorbenen geschuldete Vermächtniß während der Lebensdauer des Letzteren von ihm nicht eingefordert und einzelne Geldposten demselben ausgeantwortet hat. Denn in diesem Falle soll nach einem Decrete des Kaisers Commodus angenommen werden, daß das Vermächtniß dem Verstorbenen erlassen worden, und es kann mithin nicht mit demselben gegen die Erben des Verstorbenen aufgerechnet werden [144]).

Eine besondere Erörterung am Schlusse dieses Aufsatzes verdienen noch folgende Lehren.

1) Die Compensation im Concurse [145]). Daß auch im Concursprozesse die Compensation stattfinde, ist unbezweifelt. Was den Gesichtspunkt anbetrifft, von welchem aus sie beurtheilt werden muß, so nimmt man hier die Analogie des Verhältnisses des Cessionars zum Cedenten und debitor cessus zu Hilfe. Daraus ergibt sich, daß die Schuldner des Cridars nicht durch die Concurseröffnung Schuldner der Gläubigerschaft werden, sondern erst durch die von derselben erhaltene glaubhafte Nachricht. Mithin würde bis zu diesem Zeitpunkte auf alle Forderungen des Cridars Compensation stattfinden können. Klagt also der Curator bonorum, welcher bekanntlich zur Einziehung der Außenstände des Cridars bestellt wird, eine Forderung des Gemeinschuldners ein, welche bereits vor der Concurseröffnung existirte, so können Forderungen an den Gemeinschuldner unter folgenden Voraussetzungen zur Compensation benutzt werden: daß sie bereits fällig gewesen seien, bevor der Schuldner von der Concurseröffnung Nachricht erhalten; daß dieselben sich vor der Concurseröffnung bereits in seinen Händen befunden haben, und daß auch die Forderung des Gemeinschuldners, worauf compensirt werden soll, bereits vor jenem Zeitpunkte fällig gewesen. Unter diesen Voraussetzungen hat der Compensant nicht einmal nöthig, die eigne Forderung an den Concurs im Liquidationstermine geltend zu machen, da sie nach den Rechtsregeln bereits vor der Entstehung des Concurses durch die Compensation getilgt erscheint. Entsteht Streit über den Zeitpunkt, wo der Schuldner die Nachricht von der Eröffnung des Concurses erhalten hat, so muß der Curator bonorum beweisen, daß dieß zu der von ihm behaupteten Zeit bereits der Fall gewesen sei.

---

142) Vgl. Fritz im Archiv für civil. Praxis, Bd. 8, S. 389—395.
143) L. 26. D. de probationibus. (22. 3.)
144) Vgl. Krug a. a. O. S. 269.
145) Literatur: De Winckler de iure compensationis in concursu creditorum in Eiusdem opusc. minor. Vol. II. Nr. IX. Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle 1801. S. 201, 685—708. Kori, System des Concursprozesses, §. 70. Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, §. 31. Krug a. a. O. S. 176—186. Hartter a. a. O. S. 63—66.

Außerdem können im angezogenen Falle auch fällige Forderungen an die Masse und das dem Schuldner aus der Masse zu gewährende Perceptionsquantum zur Compensation gebracht werden; das Letztere freilich nur unter der Voraussetzung der Liquidation und erst von dem Zeitpunkte an, wo es durch den Distributionsbescheid gewiß wird, daß und wieviel aus der Masse zu gewähren sei. Auch Forderungen, welche der Gemeinschuldner erst nach eröffnetem Concurse erworben, kann der Schuldner nicht allein mit Forderungen an die Masse und mit liquidirten Forderungen unter den oben angegebenen Voraussetzungen, sondern auch mit nichtliquidirten Forderungen an den Gemeinschuldner compensiren, wenn sie nur vor der Eröffnung des Concurses oder wenigstens vor der durch den Curator bonorum geschehenen Occupation derselben fällig waren. Die Eröffnung des Concurses muß man nämlich dann als Endtermin der Fälligkeit ansehen, wenn man mit Schweppe [146]) annimmt, daß jene neuentstandenen Forderungen des Cridars von selbst sofort an die Masse übergehen; die Occupation des Curators wird aber dann in Betracht gezogen werden müssen, wenn man mit Dabelow [147]) glaubt, daß jener Uebergang nicht von selbst erfolge, sondern, daß dem Curator bonorum nur das Recht zusteht, solche Forderungen zur Masse zu ziehen. Auf reine Masseforderungen können überhaupt nur Masseschulden und das Perceptionsquantum bereits liquidirter Schulden in Abrechnung gebracht werden.

2) Compensatio delictorum [148]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten die juristische Aufhebung der Folgen aus vollendeten, arglistigen oder fahrlässigen Handlungen, welche zwei Personen an einander verübt haben, durch Aufrechnung. Der genannte Kunstausdruck ist den römischen Rechtsquellen fremd, doch wird das Wort compensare in denselben auf diesen Fall bezogen [149]). Die speciellen Voraussetzungen dieser Compensation sind folgende: a) es müssen zwei bereits vollbrachte, unerlaubte Handlungen vorliegen. Dieß ergibt sich theils aus den allgemeinen Regeln von der Compensation der Handlungen, theils daraus, daß in allen Stellen der römischen Rechtsquellen, welche von dieser Compensation reden, nur vergangene Handlungen berücksichtigt werden. Gleichgiltig ist es, ob diese Handlungen einem bestimmten Verbrechen angehören; denn schon dolus [150]) allein, selbst culpa [151]) reicht zum Eintritt der Compensation hin. b) Diese unerlaubten Handlungen müssen materiell einander gleichstehen,

146) A. a. O. S. 64.
147) A. a. O. S. 537.
148) Eisenbach diss. de compensatione circa maleficia. 1778. Glück a. a. O. Th. 15, S. 68—72. Krug a. a. O. S. 138—145. Hartter a. a. O. S. 137, 141.
149) L. 7. D. de actione rerum amot. (25. 2.) L. 39. D. soluto matrimonio. (24. 3.) Von dolum compensare ist indeß in L. 57. §. 3. D. de contrah. empt. (18. 1.), L. 10. §. 3. D. de eo, per quem factum (2. 10.), von compensatio negligentiae facta in L. 10. pr. D. 16. 2. die Rede.
150) L. 36. D. 4. 3. L. 57. §. 3. D. 18. 1. L. 10. §. 3. D. 2. 10.
151) L. 10. pr. D. 16. 2.

d. h. für beide Parteien die nämlichen Ansprüche auf privatrechtliche Entschädigung hervorbringen [152]). Daraus folgt zugleich, daß in Bezug auf öffentliche Strafen der Verbrechen von einer Compensation nicht die Rede sein kann [153]). c) Diese Handlungen müssen gegenseitig sein, d. h. gerade an den und von den Personen verübt worden sein, welche jetzt im Gerichte ihre Ansprüche aus der unerlaubten Handlung zur Sprache bringen [154]). Die Wirkung dieser von selbst (ipso iure) [155]) eintretenden Compensation ist die gegenseitige Aufhebung aller und jeder aus dem Delicte entstehenden Ansprüche auf Privatgenugthuung, ohne Unterschied, ob dieselben auf dem Wege der Klage oder der Einrede geltend gemacht werden [156]), und gerade darin besteht die Verschiedenheit der Wirkung dieser Compensation von der gewöhnlichen. Es werden also in der comp. del. nicht einmal die wechselseitigen Ansprüche zu Geld angeschlagen, und dann gegen einander aufgehoben, sondern die Klage wird vielmehr nicht einmal bis zur Ermittelung des Entschädigungspunktes instruirt, wenn das gegnerische Delict zu Tage liegt. Der Grund, weshalb diese Compensationsart angenommen wurde, liegt in der prozessualischen Begünstigung des Beklagten, wenn die streitenden Parteien durch ihre Schuld in gleiche Lage gekommen sind [157]). Wahrscheinlich ist sie sehr alt, da sie schon dem Labeo bekannt war [158]). Nach dem jetzigen Zustande unserer Rechtsquellen läßt sich nicht bestimmen, ob sie bei allen und jeden Delicten eintrat. Besondere Anwendungen derselben finden sich in der actio rerum amotarum [159]), in dem damnum iniuria datum [160]), in der actio und exceptio doli [161]), im iudicium de moribus [162]), bei dem damnum infectum [163]), bei dem interdictum ne quid in loco publico [164]), bei der unerlaubten Verhinderung, daß der Beklagte am bestimmten Tage sich vor Gericht stelle [165]), bei dem Kauf- und Gesellschaftscon-

---

152) Daher paria delicta in L. 154. D. de R. I. (50. 17.) Vgl. L. 7. D. 25. 2. L. 39. D. 24. 3. Daher die Compensation des dolus cum dolo, der culpa cum culpa. Krug dachte nur an solche Handlungen, welche mit einander im Zusammenhange stehen; dann würde L. 36. D. 4. 3., wie er a. a. O. S. 140 anerkennt, allerdings entgegenstehen.

153) Vgl. Glück a. a. O. Th. 15, S. 68, und Hartter a. a. O. S. 138.

154) L. 39. D. 24. 3. vb. mutua pensatione. L. 36. D. 4. 3. L. 7. D. 25. 2. L. 52. §. 1. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 10. pr. D. 16. 2. L. 40. §. 1. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 57. §. 3. D. 18. 1. L. 10. §. 3. D. 2. 10.

155) L. 10. pr. D. 16. 2.

156) Siehe die Stellen in Note 154. Vgl. Krug a. a. O. S. 138.

157) L. 154. pr. D. 50. 17.

158) L. 2. §. 15. D. ne quid in loco publico. (43. 8.)

159) L. 7. D. 25. 2.

160) L. 52. §. 1. D. 9. 2.

161) L. 36. D. 4. 3. L. 154. D. 50. 17.

162) L. 39. D. 24. 3.

163) L. 40. §. 1. D. 39. 2.

164) L. 2. §. 15. D. 43. 8.

165) L. 10. §. 3. D. 2. 10.

tracte [166]). Das canonische Recht erkennt nicht allein die fortdauernde Giltigkeit der compensatio delictorum an, sondern macht von derselben auch eine, dem römischen Rechte unbekannte Anwendung auf den Ehebruch [167]). Die heutige Praxis hat es nicht verschmäht, die aus der Beleidigung entstehenden Ansprüche auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung, da dieselben als eine Art von Privatgenugthuung für den Beleidigten angesehen werden, bei wechselseitigen Injurien gegen einander aufzuheben, wofern sie nur ihrer Art und Größe nach einander gleich sind[168]). Ueberhaupt kann es im heutigen Rechte, wo der größte Theil der Delictsklagen und der mit ihnen verbundenen Privatstrafen wegfällt, immer noch als allgemeine Regel gelten, daß diese Art der Compensation noch immer stattfindet, wo aus einem Delicte auch fernerhin noch der Anspruch auf eine Privatstrafe gestattet wird, wie dieß bei den Vermögensnachtheilen, welche aus dem Ehebruche für den schuldigen Ehegatten entstehen, in der That der Fall ist. In Contractsverhältnissen, welche durch gegenseitige unerlaubte Handlungen gestört werden, nimmt man ebenfalls heutzutage die Compensation des gegenseitigen dolus und der culpa an. Dabei versteht es sich indeß von selbst, daß nur gleichartige Handlungen sich zur Compensation eignen. Daher kommt es, daß nicht allein dolus und culpa, sondern auch culpa lata und culpa levis nicht zur Compensation gebracht werden können, ausgenommen, wenn derjenige, welcher den geringeren Grad der Schuld trägt, mit seiner Schädenforderung wegen des größeren Verschuldens compensiren will [169]).

Helmbach.

Compromiß [1]) heißt in der Kunstsprache der römischen Rechtsquellen das gegenseitige Versprechen mehrerer Personen, wodurch sich dieselben verpflichten, die Entscheidung einer Sache dem Urtheile eines von ihnen gewählten Schiedsrichters (arbiter) zu überlassen, und sich seinem Ausspruche zu unterwerfen. Die Voraussetzungen, unter welchen ein Compromiß überhaupt stattfinden kann, sind: 1) das Dasein irgend einer Sache, eines Geschäftes oder eines Rechtsstreites. So erkennt das römische Recht das Compromiß über einzelne Gegenstände, über Rechnungen an [2]). 2) Die Parteien müssen die Befugniß haben, über das fragliche Geschäft oder den fraglichen Streit zu dispo-

---

166) L. 57. §. 3. D. 18. 1. L. 10. pr. D. 16. 2.

167) Cap. 7. X. de adulteriis. (5. 16.) Vgl. Krug a. a. O. S. 146.

168) Vergl. Quistorp, peinliches Recht, Bd. 1, §. 332. Strube, rechtliche Bedenken, Th. 4, Nr. 43. Glück a. a. O. Th. 15, S. 71. Tittmann, Handbuch des Strafrechtswesens, Bd. 2, §. 362. Krug a. a. O. S. 148. Hartter a. a. O. S. 139.

169) Arg. L. 40. §. 1. D. 39. 2.

1) Literatur: Lauterbach tractatus de arbitris compromissoriis. Tubing. 1675. Pothier Pandectae Iustinianeae lib. IV. tit. 8. tom. I. p. 184—194. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 65—105. Für das Kirchenrecht ist zu vergleichen Boehmer ius ecclesiasticum Protestantium lib. 1. tit. 43. tom. I. p. 956—964.

2) L. 46. D. de receptis. (4. 8.) L. 26. §. 1. D. ibid. etc.

niren. Daher das Compromiß schon nach dem Pandektenrechte nichtig ist, wenn es über begangene Verbrechen, inwiefern von deren öffentlichen Strafe die Rede ist, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, über zuständige Popularklagen, über Freiheits-, Ingenuitäts- und Libertinitätsrechte eingegangen wird[3]), und das canonische Recht erklärt auch solche Compromisse für wirkungslos, welche Ehesachen[4]) und Kirchenpfründen[5]) betreffen. Aus diesen Beispielen haben die neueren Rechtsgelehrten die Regel abstrahirt, daß man nur über solche Sachen, welche durch Vergleich gehoben werden können, ein Compromiß eingehen könne[6]). 3) Die Parteien müssen die Fähigkeit haben, eine rechtsgiltige Obligation einzugehen. Daher ist das Compromiß ungiltig, welches Sclaven[7]), Pupillen ohne Einwilligung ihres Tutor[8]), oder Minderjährige[9]) ohne die ihres Curator eingehen. Auch Frauen können nicht im fremden Namen compromittiren, da in der Eingehung eines Compromisses eine Intercession liegt[10]). 4) Derjenige, auf welchen das Compromiß lautet, muß fähig sein, sein Urtheil über die ihm übertragene Sache abzugeben. Diese Fähigkeit ist in der Regel bei Jedermann zu präsumiren. Entzogen ist sie den Sclaven[11]), den Wahnsinnigen, Stummen, Tauben[12]), den Frauen[13]), den Pupillen und Minderjährigen[14]). Auch kann Niemand Schiedsrichter in eigner Sache sein[15]), wenn schon es dem Hausſohne erlaubt ist, über ein Geschäft, welches seinen Vater betrifft, sein Urtheil abzugeben[16]). Wer zum Privatrichter in einer Sache angenommen worden, kann in derselben Sache nicht Schiedsrichter sein[17]). Nach dem Kirchenrechte ist auch das über geistliche Sachen geschlossene Compromiß ungiltig, wenn ein Nichtgeistlicher (laicus) zum Schiedsrichter erwählt wird[18]). Was die Zahl der Schiedsrichter anbetrifft, so ist in den römischen Rechtsquellen nichts darüber verordnet. Daher kann das Compromiß ebenso gut auf eine, wie auf mehrere Personen lauten[19]); auch eine gleiche Zahl, wie zwei,

---

3) L. 32. §. 6 u. 7. D. 4. 8. L. 3. C. ubi et apud quem cognitio in integrum. (2. 47.) Vergl. auch c. 9. X. de in integrum restitutione. (1. 41.)

4) C. 9. X. 1. 41.

5) C. 7. X. de transaction. (1. 36.)

6) Böhmer ius ecclesiasticum Protest. lib. 1. tit. 43. §. 10. tom. I. p. 961, und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 78 u. 79.

7) L. 32. §. 8. D. 4. 8.

8) L. 35. D. 4. 8.

9) L. 3. D. 4. 8.

10) L. 32. §. 2. D. 4. 8.

11) L. 7. pr. u. §. 1. D. 4. 8.

12) L. 9. §. 1. D. 4. 8.

13) L. 6. C. de receptis arbitris. (2. 56.)

14) L. 9. §. 1. D. 4. 8. L. 41. D. ibid.

15) L. 51. D. 4. 8.

16) L. 6. D. 4. 8.

17) L. 9. §. 2. D. 4. 8.

18) C. 8. X. 1. 43. Vgl. Boehmer l. c. §. 4. tom. I. p. 938.

19) L. 7. §. 1. D. ibid. L. 8. D. ibid.

vier u. s. w. können zu Schiedsrichtern nach den Satzungen der römischen Rechtsquellen [20]) angenommen werden, wenn schon das Kirchenrecht im Falle der Mehrzahl nur die Erwählung einer ungleichen Zahl als giltig anzuerkennen scheint [21]). Falls unter den in der Mehrzahl ernannten Schiedsrichtern eine Person sich befindet, welche zur Abgabe eines Urtheiles unfähig ist, so zerfällt das ganze Compromiß, es müßten denn die Parteien ausdrücklich bestimmt haben, daß in diesem Falle das Urtheil der Uebrigen für sie bindend sein solle[22]). 5) Es muß die Erwählung der Schiedsrichter so geschehen, daß aus derselben die Möglichkeit hervorgeht, das ihnen übertragene Geschäft durch ihren Ausspruch beendet zu sehen [23]). Sind mithin nur zwei Schiedsrichter ernannt unter der Bedingung, daß sie im Falle des Dissenses einen Dritten nach ihrem Gutdünken wählen, durch dessen Ausspruch die Sache entschieden werde, so war nach der Ansicht Einiger das Compromiß ungiltig; doch wurde es gewöhnlich, daß der Prätor im vorliegenden Falle die unter sich dissentirenden Schiedsrichter zwang, einen Dritten einstimmig zu erwählen, durch dessen Ausspruch die Sache entschieden würde. 6) Die Urtheilsfreiheit der im Compromisse ernannten Schiedsrichter darf durch das Compromiß nicht beschränkt werden [24]). Doch beschränkt sich dieß Erforderniß nur auf den Inhalt des schiedsrichterlichen Urtheiles, da es erlaubt ist, auf eine bestimmte Zeitfrist zu compromittiren, binnen welcher das Endurtheil vom Schiedsrichter abgegeben werden solle [25]). 7) Das Compromiß muß in der gehörigen Form eingegangen worden sein. Daß es in der Form des Vertrages geschlossen werde, ergibt sich schon aus dem Obigen. Zweifelhafter ist es, welche Vertragsform die römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung vorschreiben. Die gewöhnlichste Form des Compromisses bei den Römern war zweifelsohne die der Stipulation, und zwar der gegenseitigen [26]); gerade diese Form ist es, welche durch das prätorische Edict ausdrücklich anerkannt worden ist [27]). War die Stipulation nur einseitig, so galt das Compromiß nicht für vollgiltig, und der in demselben ernannte Schiedsrichter konnte mithin vom Prätor nicht zur Abgabe des Urtheiles gezwungen werden [28]). Fragt man, ob der Stipulation eine bestimmte Geldsumme eingefügt worden sei, so läßt sich nach einer Reihe von Zeugnissen der classischen Juristen nicht in Abrede stellen, daß dieß gewöhnlich geschehen sei [28]), und dann ward die Stipulation poenae stipulatio. Doch

---

20) L. 17. §. 5 u. 6. D. 4. 8.
21) L. 1. X. 1. 43.
22) L. 7. §. 1. D. 4. 8. L. 8. D. ibid.
23) L. 17. §. 5 u. 6. D. 4. 8. Vgl. cap. 11. X. 1. 43. Vgl. Boehmer l. c. §. 7. tom. I. p. 960.
24) L. 17. §. 3. D. 4. 8. L. 19. pr. D. ibid.
25) L. 21. §. 5. D. 4. 8.
26) L. 11. §. 2 u. 4. D. 4. 8. L. 13. §. 1. D. ibid.
27) L. 3. §. 2. u. L. 11. §. 2. D. 4. 8.
28) L. 3. §. 2. D. 4. 8. L. 11. §. 2. u. L. 13. §. 2. L. 27. §. 7. L. 28. L. 32. pr. D. ibid.

war die Angabe einer solchen Geldsumme im Allgemeinen nicht nothwendig. Daher gilt das Compromiß auch dann, wenn dieselbe nur von der einen Partei versprochen wird, während die andere sich zu einer anderen Leistung verpflichtet[29]), wenn die gegenseitige Stipulation nur auf das id quod interest gerichtet wird[30]), wenn die Parteien einfach ohne weiteren Zusatz einander zusagen, daß sie sich dem Ausspruche des Schiedsrichters unterwerfen wollen[31]), oder irgend eine Sache beim Schiedsrichter unter der Bedingung deponiren, daß er sie entweder an den Sieger im Streite oder, falls die eine Partei dem schiedsrichterlichen Urtheile nicht nachkommt, an die andere Partei aushändigen solle[32]). Außer der Stipulationsform wird in den römischen Rechtsquellen auch die Feststellung des Compromisses durch den Bestärkungseid (iusiurandum promissorium)[33]) und durch nudum pactum erwähnt. Allein der Eid ist nach Justinian's ausdrücklicher Vorschrift[34]) in diesem Falle für unanwendbar erklärt worden, und die zuletzt genannte Form wurde nur ausnahmsweise für zulässig erachtet, wenn die aus dem simpeln Vertrage entstehende Einrede hinreichte, um die Parteien gegen die Folgen des etwaigen Ungehorsams gegen das Schiedsurtheil sicher zu stellen[35]). Im heutigen Rechte ist die Eingehung des Compromisses durch den Bestärkungseid erlaubt, da das canonische Recht in dieser Beziehung das Verbot des römischen Rechtes ausdrücklich aufgehoben hat[36]), und nach dem Abkommen der Stipulationen leidet es keinen Zweifel, daß ein Compromiß auch durch einen simpeln Vertrag unter den Parteien geschlossen werden könne, da nach den Grundsätzen des teutschen Rechtes auch aus diesem eine Klage entsteht. — Der Zweck der Eingehung von Compromissen ist der, soviel wie möglich Prozesse zu verhüten, und bereits anhängige Rechtssachen zu Ende zu führen[37]). Seiner Natur nach ist das Compromiß ein, unter einer Suspensivbedingung eingegangener, Vergleich; die Bedingung, von welcher derselbe abhängig gemacht wird, ist die, daß der im Compromisse genannte Schiedsrichter sein Urtheil abgebe, d. h. durch dasselbe gewissermaßen die Bedingungen feststelle, unter welchen der Vergleich in Wirkung treten soll. Daraus ergibt sich für die Auslegung der Compromisse soviel als gewiß, daß dieselben streng erklärt werden müssen, da doch zu vermuthen steht, daß jede Partei von ihren Rechten so wenig als möglich nachgelassen habe. Es beschränkt sich mithin nur auf die Personen, welche es mit einander abgeschlossen haben und

---

29) L. 11. §. 2. D. 4. 8.
30) L. 28. D. 4. 8.
31) L. 27. §. 7. D. 4. 8. L. 5. C. 2. 56.
32) L. 11. §. 2. C. 2. 56.
33) L. 4. C. 2. 56.
34) Nov. 82. c. 11. §. 1.
35) L. 13. §. 1. D. 4. 8. L. 11. §. 3. D. ibid. L. 5. C. 2. 56.
36) L. 9. X. 1. 43. Vgl. Boehmer l. c. tom. I. p. 961 u. Glück, a. a. O. Th. 6, S. 75.
37) L. 37. D. 4. 8. L. 1. D. ibid.

erlischt, wenn beide oder eine von ihnen verstirbt[38]). Auf die Erben der Promittenten erstreckt es sich nur dann, wenn dieselben im Vertrage ausdrücklich erwähnt worden sind[39]); vorausgesetzt indeß, daß dieß von beiden Seiten geschehen ist. Denn wenn der Vertrag nur auf den Erben des Einen ausdrücklich lautet, so wird dieß so angesehen, als ob derselbe gar nicht im Vertrage erwähnt worden wäre[40]). Aus dem Gesagten erhellt aber auch, daß das einmal geschlossene Compromiß nur von den Sachen verstanden werden könne, welche zur Zeit seiner Errichtung unter den Parteien streitig waren, mithin auf andere nicht connexe Sachen, an welche die Parteien zu jener Zeit nicht gedacht haben, eben so wenig als auf zukünftige Sachen bezogen werden kann[41]). Damit hängt es aber auch zusammen, wenn berichtet wird, daß das Compromiß sich nur auf die in demselben ernannten Schiedsrichter erstreckt, und durch deren Tod dasselbe erlöscht[42]), es müßten denn mehrere Schiedsrichter neben einander alternativ bestellt oder der Uebergang des Compromisses auf die Erben des Schiedsrichters in demselben besonders erwähnt worden sein.

In den römischen Rechtsquellen kommt öfters der Ausdruck plenum compromissum vor. Sie bezeichnen mit diesem Kunstausdrucke theils dasjenige Compromiß, wodurch der Schiedsrichter ermächtigt wird, alle unter den Parteien streitigen Rechtssachen durch seinen Ausspruch zu entscheiden[43]), theils dasjenige, welchem die doli clausula hinzugefügt worden ist[44]), theils endlich dasjenige, welchem eine Conventionalstrafe, oder was sonst deren Stelle vertritt, hinzugefügt worden ist[45]). Die neueren Rechtsgelehrten haben indeß den Begriff des plenum compromissum nur auf den zuerst angeführten Fall bezogen und demselben den erst von ihnen erfundenen Kunstausdruck compromissum minus plenum in dem Sinne entgegensetzt, daß man darunter ein solches Compromiß zu verstehen hat, welches entweder über eine einzige oder nur über mehrere unter den Parteien streitige Sachen eingegangen worden ist.

Was die Wirkungen des Compromisses anbetrifft, so beziehen sich dieselben theils auf die Parteien, welche das Compromiß geschlossen haben, theils auf die in demselben bezeichneten Schiedsrichter. Was zunächst die Parteien anbetrifft, so sind dieselben verpflichtet, nicht allein den Ausspruch der schiedsrichterlichen Sentenz in keiner Weise zu hindern[46]), sondern auch dem einmal ausgesprochenen Urtheile sich zu un-

---

38) L. 27. §. 1. D. 4. 8. L. 32. §. 3. L. 49. §. 2. D. ibid.
39) L. 32. §. 19. D. 4. 8. L. 49. §. 2. D. ibid. c. 14. X. 1. 43.
40) L. 49. §. 2. D. 4. 8.
41) L. 21. §. 6. D. 4. 8. L. 32. §. 15. L. 46. D. ibid. c. 6. X. 1. 43.
42) L. 45. D. 4. 8. c. 42. X. de officio et potestate iud. deleg. (1. 29.)
43) L. 21. §. 6. D. 4. 8.
44) L. 31. D. 4. 8.
45) L. 11. §. 2. D. 4. 8.
46) L. 31. D. 4. 8.

terwerfen, selbst wenn dasselbe unbillig sein sollte [47]). Deshalb muß die bedungene Conventionalstrafe oder das Interesse nicht allein in dem zuletzt genannten Falle [48]) von der ungehorsamen Partei entrichtet werden, sondern auch dann, wenn die eine Partei durch ihr Ausbleiben in dem vom Schiedsrichter angesetzten Publicationstermin die Publication des Schiedsurtheiles verhindert [49]). Appellation gegen das Schiedsurtheil ist unzulässig [50]); nur dann ist in der Form der doli exceptio gegen die gegnerische Klage die Anfechtung des einmal gefällten Schiedsurtheiles erlaubt, wenn der Schiedsrichter offenbarer Weise vom Gegner mit Geld bestochen worden ist, oder ungeachtet der Protestation des Anderen eine offenbare Parteilichkeit bei der Abgabe des Schiedsurtheiles sich hat zu Schulden kommen lassen [51]). Gleichwohl darf nicht angenommen werden, daß einem solchen Schiedsurtheile die wirkliche Rechtskraft der res iudicata beigelegt werden könne. Denn eines Theils ist es gewiß, daß aus derselben nie die exceptio rei iudicatae entstehen konnte [52]), anderen Theils wird ausdrücklich berichtet, daß dieselbe den Sieger nicht zur Anstellung der iudicati actio berechtigt [53]). Nur dann wird aus dem Schiedsurtheile nach einer Constitution Justinian's eine in factum actio, oder eine utilis in rem actio, oder eine condictio ex lege gestattet, wenn beide Parteien das Compromiß beschworen, und dieß entweder vor öffentlichen Personen oder vor dem Schiedsrichter selbst schriftlich bekannt haben [54]), oder wenn der Schiedsrichter auf den Antrag der Parteien vor Ausspruch des Schiedsurtheiles den Eid geleistet hat, daß er die Sache mit aller möglichen Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit untersuchen und entscheiden werde [55]). Zugleich wurde verfügt, daß, wenn die Parteien das Schiedsurtheil billigen, und dieses durch ihre Unterschrift unter dasselbe erklären, ebenfalls eine in factum actio gestattet werden solle, da es nicht wahrscheinlich sei, daß aus einer solchen Unterschrift der Parteien nur die Absicht der Parteien, dem Schiedsurtheile nicht zu widersprechen, geschlossen werden könne, sondern in derselben vielmehr das Versprechen enthalten sei, dem Urtheile des Schiedsrichters nachzukommen [56]). Mit dieser Disposition hängt ein späteres Gesetz desselben Kaisers zusammen, in welchem er allgemein verfügte, daß schiedsrichterliche Urtheile zur Execution an die bürgerliche Obrigkeit abgegeben wer-

---

47) L. 27. §. 2. D. 4. 8. L. 76. D. 17. 2.
48) L. 21. §. 12. u. L. 22. L. 23. pr. L. 52. L. 29. L. 34. pr. L. 38. u. L. 44. D. 4. 8.
49) L. 27. §. 4. D. 4. 8. L. 2. C. 2. 56. Vgl. L. 21. §. 8. D. 4. 8.
50) L. 32. §. 14. D. 4. 8. L. 1. C. 2. 56.
51) L. 32. §. 14. D. 4. 8. L. 3. C. 2. 56.
52) L. 2. D. 4. 8. Auch nicht die exceptio pacti, L. 5. Greg. Cod. de pactis. (1. 10.)
53) L. 1. C. 2. 56.
54) L. 4. §. 1 u. 4. C. 2. 56.
55) L. 4. §. 3. C. 2. 56.
56) L. 4. §. 7. C. 2. 56.

den können, wenn dieselben schriftlich abgefaßt, von den Parteien durch ihre Unterschrift gebilligt worden, oder zehn Tage nach der Publication derselben abgelaufen sind, ohne daß die verurtheilte Partei durch eine schriftliche Erklärung an den Kläger oder an den Schiedsrichter ihre Mißbilligung des Urtheiles zu erkennen gegeben hat. Das Mittel, diese Execution zu erzwingen, ist nach den ausdrücklichen Worten dieser Constitution eine dem Kläger zu gewährende exceptio oder in factum actio[57]). Ausgenommen von dieser allgemeinen Disposition sind nur die Urtheile der unter Ableistung des Bestärkungseides erwählten Schiedsrichter, welche auch fernerhin nach dem früher erlassenen Gesetze beurtheilt werden sollen[58]). Zugleich wurde verfügt, daß die schriftliche Eingehung eines Compromisses über eine streitige Rechtssache die Klagenverjährung unterbrechen solle[59]), und daß die vor dem Schiedsrichter abgelegten Geständnisse und Protestationen der Parteien auch vor dem bürgerlichen Richter gebraucht werden könnten[60]). Und Alles dieß muß noch heutzutage als geltendes Recht angesehen werden, mit Ausschluß der Vorschriften, welche die Erwählung der Schiedsrichter unter Ableistung des Versprechungseides betreffen, da gerade diese Form des Compromisses durch ein späteres Gesetz desselben Kaisers aufgehoben worden ist[61]). — Was aber die Person des Schiedsrichters anbetrifft, so wirkt das Compromiß zwar nicht unmittelbar auf dieselbe ein, sondern nur mittelbar, in wiefern es nämlich eine nothwendige Voraussetzung des receptum arbitri[62]) ist. Ist daher das Compromiß entweder von Anfang an ungiltig[63]), oder wird es durch einen später eintretenden Thatumstand aufgehoben, so tritt der Schiedsrichter vom Schauplatze ab, und von der Abgabe des Schiedsurtheiles ist fernerhin nicht mehr die Rede[64]). Unter receptum arbitri versteht rnan aber das ausdrückliche Versprechen des im Compromisse ernannten Schiedsrichters, die ihm durch dasselbe übertragenen Geschäfte und Rechtsachen durch die Abgabe seines Urtheiles zu entscheiden[65]). Daraus geht für den Schiedsrichter die Verbindlichkeit hervor, dieses Urtheil abzugeben, und den Parteien in gehöriger Weise bekannt zu machen. Weigert er sich dieß zu thun, so wird er vom Prätor dazu gezwungen (cogitur)[66]), es müßte denn der ernannte Schiedsrichter ein gleiches oder höheres imperium haben, als der genannte Magistrat[67]),

---

57) L. 5. pr. C. 2. 56.
58) L. 5. pr. C. 2. 56.
59) L. 5. §. 1. C. 2. 56.
60) L. 5. §. 2. C. 2. 56.
61) Nov. 82. c. 11. §. 1.
62) L. 3. §. 2. D. 4. 8. L. 11. §. 1 u. 2. L. 13. §. 2—4. L. 15. L. 21. §. 5. L. 27. §. 2. L. 32. §. 5. D. ibid. Vgl. d. Art. Arbiter.
63) L. 11. §. 1 u. 4. D. 4. 8. L. 32. §. 3. D. ibid.
64) L. 32. §. 1 u. 3. D. 4. 8. L. 34. §. 1. D. ibid.
65) L. 13. §. 2. D. 4. 8.
66) L. 32. §. 12. D. 4. 8. L. 19. §. 1. L. 3. §. 1 u. 4. L. 15. D. ibidem.
67) L. 3. §. 3. D. 4. 8. L. 4. D. ibid.

oder irgend einen triftigen Entschuldigungsgrund (excusatio) allegiren (s. den Art. arbiter). Ist der Schiedsrichter für mehrere Sachen angenommen, so kann er auch nach Beendigung der einen von den Parteien zu der des Restes gezwungen werden [68]). Sind mehrere Schiedsrichter über eine und dieselbe Sache angenommen worden, so entsteht die Frage, ob sie nur in der Gesammtheit oder auch in der Einzahl urtheilen können. Hier kommt Alles auf die Fassung des Compromisses an. Sind sie alternativ neben einander genannt, z. B. arbitratu Titii aut Seii, so kann in der Regel kein Einziger entscheiden, außer wenn die Parteien sich für den Einen entschieden haben, und dieser hat alsdann die Sache allein zu beurtheilen [69]). Sind sie conjunctiv neben einander, und zwar ohne weiteren Zusatz genannt, so müssen sie in der Gesammtheit urtheilen [70]), und dieß ist im vorliegenden Falle so nothwendig, daß der Einzelne allein nicht zur Abgabe seines Urtheiles vom Prätor gezwungen werden kann [71]), und daß die von Einem in Abwesenheit der Anderen abgegebene Entscheidung als nichtig angesehen werden muß [72]). Der Grund davon liegt in dem Umstande, daß die Anwesenheit des Anderen leicht die Folge hätte haben können, die Entscheidung umzugestalten. Nach dem Kirchenrechte können zwar die Uebrigen alsdann die Sache allein vornehmen, wenn einer von ihnen durch freiwillige oder vorsätzlich herbeigeführte Abwesenheit die Sache aufzuhalten suchte [73]), und dieß ist deshalb eingeführt worden, damit die Entscheidung der Prozeßsachen beschleunigt werde [74]). Allein nach dem Zeugnisse der bewährtesten Rechtsgelehrten [75]) schließt sich die teutsche Praxis in dieser Beziehung unmittelbar an die Vorschriften des römischen Rechtes an und verwirft die angeführte Vorschrift des Kirchenrechtes. Sind die Schiedsrichter in der Mehrzahl durch das Compromiß unter Einfügung der Clausel: sammt und sonders oder sammt oder sonders ernannt, so kann nicht allein ein Jeder von ihnen in Abwesenheit des Anderen giltig [76]) verfahren, sondern es findet unter ihnen sogar Prävention statt [77]). Sind die in der Mehrzahl bestellten Schiedsrichter verschiedener Meinung, so kommt Alles darauf an, ob diese Verschiedenheit nur die Quantität der Condemnationssumme oder die Existenz des ganzen Anspruches betrifft. Im letzten Falle entscheidet jedenfalls die Stimmenmehrheit [78]). Ist auch auf diese Weise keine

---

68) L. 19. §. 1. D. 4. 8.
69) L. 17. §. 4. D. 4. 8.
70) L. 17. §. 2 u. 7. D. 4. 8. L. 18. L. 32. §. 13. D. ibid. c. 16 u. 22. X. de officio et potestate iud. deleg. (1. 29.)
71) L. 17. §. 2. D. 4. 8.
72) L. 18. D. 4. 8.
73) C. 2. de arbitris in VI. (1. 22.)
74) Vgl. Boehmer l. c. lib. 1. tit. 42. §. 5. tom. I. p. 959.
75) S. die Citate bei Glück a. a. O. Th. 6, S. 79.
76) L. 32. §. 13. D. 4. 8. Vgl. Boehmer l. c. tom. I. p. 959 und Glück a. a. O. Th. 6, S. 79.
77) L. 8. D. 4. 8.
78) L. 17. §. 6 u. 7. D. 4. 8. L. 27. §. 3. D. ibid.

Entscheidung zu ermitteln, z. B. wenn die Stimmen der Zahl nach gleich sind, so steht es in der Willkür der Parteien, dem Ausspruche der Schiedsrichter nicht zu gehorchen [79]). Doch half man sich im vorliegenden Falle in der Praxis damit, daß die Obrigkeit auf Antrag der Parteien die in der Gleichzahl bestellten Schiedsrichter zwang, eine dritte Person zu erwählen, durch deren Ausspruch die Sache entschieden wurde [80]). Diese Person heißt in der Kunstsprache Obmann (superarbiter), und kann nicht allein von den dissentirenden Schiedsrichtern, sondern auch von den Parteien selbst nach Maßgabe des Compromisses im Voraus ernannt werden [81]). Doch wird das Compromiß als nichtig betrachtet werden müssen, wenn die Parteien gleich im Voraus für den Fall der Meinungsverschiedenheit unter den in der Zweizahl bestellten Schiedsrichtern, ausdrücklich ausgemacht haben, daß dieselben eine dritte Person nach ihrem Gutdünken zum Obmann erwählen [82]). Betrifft die Meinungsverschiedenheit der ernannten Schiedsrichter nur die Quantität der Condemnationssumme, so muß man sich, wenn keine Mehrzahl der Stimmen zu erlangen ist, für die mindere Summe entscheiden, da Alle auf diese zurückkommen [83]). Was die Publication des Urtheiles anbelangt, so muß sie in der Regel in Gegenwart der beiden Compromittenten geschehen, es müßte denn ausdrücklich im Compromisse bedungen sein, daß dieselbe auch in der Abwesenheit der einen Partei vor sich gehen könne [84]), und der Schiedsrichter ist deshalb berechtigt, die Parteien zum Publicationstermine vorzuladen [85]). Die Ladung geschieht entweder mündlich oder durch Briefe und Boten [86]). Diese Ladung muß in der Regel den betreffenden Parteien in Person insinuirt werden; doch können sie in dieser Beziehung auch auf ihre eigne Erklärung durch Bevollmächtigte vertreten werden [87]). Erscheint die geladene Partei nicht, so macht sie sich des Ungehorsams gegen den Befehl des Schiedsrichters schuldig, und muß deshalb die im Compromiß bedungene Conventionalstrafe bezahlen [88]), außer wenn die Ladung die im Compromiß festgesetzte Zeitfrist überschreitet [89]), oder auf einen Ort gestellt ist, welchen die Parteien entweder bei der Eingehung des Compromisses nicht im Sinne gehabt haben, oder ohne eigne Schande nicht betreten können [90]).

---

79) L. 27. §. 3. D. 4. 8.
80) L. 17. §. 6. D. 4. 8. c. 39. X. 1. 29. c. 61. X. de appellationibus. (2. 28.)
81) L. 17. §. 5. D. 4. 8.
82) L. 17. §. 5. D. 4. 8.
83) L. 27. §. 3. D. 4. 8. c. 1. de arbitris in VI.
84) L. 27. §. 3—5. D. 4. 8.
85) L. 21. §. 8 u. 10. D. 4. 8. L. 32. §. 18. L. 40. D. ibid.
86) L. 49. §. 1. D. 4. 8.
87) L. 32. §. 18. D. 4. 8.
88) L. 27. §. 4. D. 4. 8. L. 2. C. 2. 56. Vgl. L. 21. §. 8. D. 4. 8. L. 40. D. ibid.
89) L. 21. §. 8. D. 4. 8.
90) L. 21. §. 10 u. 11. D. 4. 8.

In der Regel muß die Ladung auf denjenigen Ort gestellt werden, an welchem das Compromiß unter den Parteien abgeschlossen worden [91]). — Mit der Abgabe des Schiedsurtheiles tritt der Schiedsrichter vom Schauplatze ab [92]), und es hört sein aus dem Receptum stammendes Obligationsverhältniß zu den Parteien völlig auf. Für die Gerechtigkeit und Billigkeit des Urtheiles hat er aber in keiner Weise einzustehen, da die Parteien es sich nur selbst zuzuschreiben haben, wenn sie auf ungerechte und unbillige Schiedsrichter compromittirten. Aus dem Gesagten ergibt sich aber auch so viel als gewiß, daß das einmal vom Schiedsrichter gefällte Urtheil von demselben weder zurückgenommen noch einseitig abgeändert werden kann [93]).

Eine besondere Clausel, welche bei dem Abschlusse mancher Compromisse hinzugefügt wird, ist es, wenn dem Schiedsrichter ausdrücklich gestattet wird, durch eigne Machtvollkommenheit den Termin des Compromisses hinauszuschieben (clausula de die proferenda) [94]), wenn schon darin noch nicht die Befugniß enthalten ist, den Termin zu verkürzen [95]). Diese Clausel ist namentlich dann von Wichtigkeit, wenn die im Compromiß angegebene Zeitfrist zur Untersuchung der Sache für den Schiedsrichter nicht hinreicht, da es sonst zur Giltigkeit des Schiedsurtheiles gehört, daß dasselbe innerhalb der im Compromisse angegebenen Zeitfrist abgegeben werde [96]). Macht der Schiedsrichter von dieser ihm gegebenen Erlaubniß Gebrauch, so muß er den Parteien Anzeige davon machen [97]). Im Uebrigen bleibt es beim Alten, und was sonst in Betreff des Compromisses ausgemacht worden, wird auch auf die vom Schiedsrichter neu angeordnete Frist bezogen [98]).

Das Compromiß erlischt in folgenden Fällen: a) durch den Tod des Schiedsrichters [99]). Sind mehrere Schiedsrichter bestellt, so erlischt durch den Tod des Einen das ganze Compromiß, wenn gleich bei dessen Tode die Sache schon völlig erörtert und zum Spruche reif geworden ist [100]). Ist indeß auf ein gewisses Collegium compromittirt, so hört das Compromiß nicht auf, wenn eins von den Mitgliedern des Collegiums verstirbt [101]). Dasselbe gilt auch, wenn bei der Bestellung des Schiedsrichters nicht sowohl auf das Subject, son-

---

91) L. 21. §. 10. D. 4. 8.
92) L. 19. §. 2. D. 4. 8. L. 21. pr. D. ibid.
93) L. 19. §. 2. D. 4. 8. L. 20. L. 21. pr. D. ibid.
94) L. 32. §. 11. D. 4. 8. L. 39. §. 1. L. 33. L. 25. pr. u. §. 1. D. ibid.
95) L. 33. D. 4. 8.
96) L. 32. §. 21. D. 4. 8. L. 1. C. 2. 56.
97) L. 32. §. 11. D. 4. 8. L. 27. D. ibid.
98) L. 32. §. 11. D. 4. 8. L. 39. §. 1. D. ibid. L. 25. §. 1. D. ibidem.
99) L. 45. D. 4. 8.
100) C. 42. X. 1. 29. c. 50. X. de testibus et attestationibus. (2. 20.)
101) Vgl. Lauterbach collegium theoretico-practicum ad Dig. de receptis et qui §. 41. u. Glück a. a. O. Th. 6, S. 102.

dern vielmehr auf das Amt und die Würde desselben gesehen worden ist; denn dann geht das Compromiß beim Tode des Ernannten stillschweigend auf seinen Nachfolger im Amte und in der Würde über[102]). Waren die Schiedsrichter in der Mehrzahl alternativ bestellt, so hört durch den Tod des einen das Compromiß nicht auf. b) Durch den Tod des einen von den Compromittenten. Vorausgesetzt, daß der Tod vor der Abgabe des schiedsrichterlichen Ausspruches erfolgt, und nicht von beiden Seiten das Compromiß auf die Erben ausdrücklich ausgedehnt worden ist[103]). Hat ein Collegium in einer dasselbe betreffenden Rechtssache compromittirt, so erlischt das Compromiß nicht, wenn eins oder mehrere Mitglieder desselben versterben. Eben dieß gilt auch in dem Falle, wenn blos der Vorsteher eines Collegium, z. B. der Prälat unter Einwilligung des Capitels, oder ein Anwalt in Sachen seines Principals, oder ein Vormund in Sachen seines Mündels compromittirt hat und dann verstirbt. c) Durch den Ablauf der im Compromiß zur Entscheidung der Sache festgesetzten Zeitfrist, wenn die Entscheidung nicht binnen dieser erfolgt[104]). Dabei verdient es einer besonderen Bemerkung, daß man nach der in der Praxis angenommenen Meinung den Anfangspunkt dieser Frist nicht von dem Tage an rechnet, an dem das Compromiß abgeschlossen worden ist, sondern vielmehr von der Uebernahme desselben durch den in ihm ernannten Schiedsrichter[105]). Man beruft sich zur Unterstützung dieser Meinung auf mehrere Stellen der classischen Juristen, welche freilich das Gesagte nicht im Geringsten unterstützen[106]). Ist dem Schiedsrichter durch das Compromiß die Befugniß, die Compromißfrist zu verlängern, übertragen, so versteht es sich von selbst, daß, wenn derselbe von dieser Befugniß Gebrauch macht, das Compromiß nicht vor dem gänzlichen Ablaufe der von ihm weiter erstreckten Frist erlöschen kann[107]). Ist kein Termin dem Compromisse hinzugefügt, so erlischt das Compromiß von selbst, wenn die Parteien nach dem Ablaufe eines bedeutenden Zeitraumes auf den im Compromisse ernannten Schiedsrichter zurückkommen; wenigstens kann derselbe dann nicht zur Abgabe des Schiedsurtheiles gezwungen werden[108]). Falls es durch den Ablauf der in demselben bestimmten Zeitfrist bereits erloschen ist, und die Parteien es freiwillig verlängern, so kann der Schiedsrichter in der Regel zur Annahme des Richteramtes nicht weiter gezwungen werden, er müßte denn Schuld daran gewesen sein, daß die zuerst festgesetzte Frist vergeblich abgelaufen[109]). d) Durch die Einwilligung der Compromittenten. Eine solche Einwilligung kann

---

102) Vgl. Glück a. a. O. Th. 6, S. 103.
103) L. 27. §. 1. D. 4. 8. L. 32. §. 3 u. 19. L. 49. §. 2. D. ibid. c. 14. X. 1. 43.
104) L. 21. §. 8. D. 4. 8. L. 32. §. 3. D. ibid. L. 1. C. 2. 56.
105) Vgl. Glück a. a. O. Th. 6, S. 104.
106) L. 3. §. 1. D. 4. 8. L. 21. §. 5. D. ibid.
107) L. 21. §. 5. D. 4. 8. L. 32. §. 11. L. 39. §. 1. D. ibid.
108) L. 17. §. 1. D. 4. 8.
109) L. 21. §. 5. D. 4. 8.

theils auf einem besonderen Vertrage der Parteien beruhen, z. B. wenn die im Compromisse bestimmte Conventionalstrafe durch Acceptilation quittirt wird[110]), theils durch concludente Handlungen der Parteien erklärt werden, z. B. wenn sie sich dahin vereinigen, die Sache entweder vor den ordentlichen Richter[111]) oder vor einen anderen Schiedsrichter zu bringen[112]), oder sich über die Hauptsache vergleichen[113]). e) Durch einseitigen Rücktritt der einen Partei, vorausgesetzt, daß dieselbe die im Compromisse bestimmte Conventionalstrafe bezahlt[114]). f) Durch den Untergang der Sache, über welche das Compromiß geschlossen worden ist, außer wenn das Interesse nachgefordert werden kann[115]). g) Durch Concurs, in welchen die eine von den Parteien verfällt und die damit verbundene Güterabtretung[116]). Heimbach.

Concession, Erlaubniß, Verstattung einer Handlung, zu der man außerdem nicht befugt wäre, abgesehen von der hierher nicht gehörigen politischen Bedeutung, in rechtlicher Beziehung gewöhnlich von der Erlaubniß zu solchen Handlungen gebraucht, deren Ausübung durch das Oberaufsichtsrecht, die Polizei- oder Finanzgewalt der Regierung gewissen Beschränkungen unterworfen ist. Wenn gleich jeder Staatsbürger eigentlich diejenigen natürlichen Rechte, welche ihm auch außerhalb des Staatsverbandes zustehen würden, in demselben so weit ausüben darf, als er dadurch nicht in das Rechtsgebiet anderer Staatsbürger eingreift, so sind doch sehr viele solcher Handlungen unter Beschränkungen der erwähnten Staatsgewalten gestellt worden, und es darf in den meisten Staaten oft das nur als Erlaubniß, mittelst erlangter Concession, ausgeübt werden, was eigentlich natürliches Recht ist. Nicht immer ist dieß zu mißbilligen, besonders da nicht, wo Grundsätze des Oberaufsichtsrechtes jene Beschränkungen hervorgerufen haben. Dieß ist bei der Gewerbsconcession der Fall, d. i. die Erlaubniß zur Betreibung irgend eines Gewerbes oder Industriezweiges. Denn nimmt der Staat das Recht in Anspruch, die Gewerbe dem Staatszwecke gemäß zu leiten[1]), so folgt daraus nothwendig die Befugniß, die Ausübung derselben nicht ohne sein Vorwissen geschehen zu lassen. Hiernächst wird[2]) bei manchen Gewerben, z. B. bei der ärztlichen Praxis, den Apotheken, Buchhandlungen, Buchdruckereien u. s. w. durch das allgemeine Beste, in das sie wesentlich eingreifen, eine genaue Ueberwachung derselben von Seiten der Regierung nothwendig, und sonach

---

110) L. 13. pr. D. 4. 8. L. 32. §. 3. D. ibid.
111) L. 9. §. 5. D. 4. 8. L. 30. L. 32. §. 3. L. 17. §. 1. D. ibid.
112) L. 10. D. 4. 8.
113) L. 32. §. 5. D. 4. 8.
114) L. 30. D. 4. 8.
115) L. 32. §. 3 u. 5. D. 4. 8.
116) L. 17. pr. D. 4. 8.

1) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes, 3. Ausg. §. 461.
2) Schmalz, das teutsche Staatsrecht (Berlin 1825), §. 459. Maurenbrecher, Grundsätze des teutschen Staatsrechtes, §. 179.

Kenntnißnahme davon, wie und von wem, namentlich ob sie von dazu befähigten Personen betrieben werden. Oft erzeugt sich besonders durch diese Rücksichten die Nothwendigkeit der Verhütung allzugroßer Vermehrung, damit stets gute Waare vorhanden sei. Immer aber muß dabei die Pflicht des Staates zur Beförderung freier Kraftäußerungen der Staatsbürger im Auge behalten werden. Weniger sind daher diejenigen Concessionen zu billigen, welche die Sicherung gewisser Monopole, oder lediglich den finanziellen Ertrag der Concessionen bezwecken [3]), zumal wenn diese Zwecke zur Concessionsertheilung für offenbar schädliche Gewerbe, wie Lotto- und Hasardspiele ꝛc., führen. Da, wo das Zunftwesen aufgehoben ist, findet man die Gewerbsconcessionen [4]) unter dem Namen Patente. In der Regel sind die Concessionen nur auf die Person beschränkt, der sie ertheilt sind, und können daher nicht vertauscht, verkauft ꝛc. werden. Dieß entspricht auch unstreitig den Principien, welche die aufsehende Gewalt wegen des Wechsels aller Dinge nehmen muß. Nur in Fällen, wo die Ausübung der Concessionen mit Effect ohne ein Realprivilegium sich nicht denken läßt, kann die Gewerbsconcession, welche überhaupt in der Regel nach den Grundsätzen des Privilegiums (s. d. Art.) zu beurtheilen ist, den Charakter des ersteren annehmen. Nie darf die Concession zum Besten des Concessionisten in das Eigenthum der Privaten und Corporationen eingreifen [5]), es wäre denn, daß sie direct zur Beförderung des allgemeinen Wohles gegeben würde, wovon neuerlich die Eisenbahnconcessionen das am häufigsten vorkommende Beispiel darbieten. In der Regel sind unbedingt ertheilte Gewerbsconcessionen unwiderruflich, wenn nicht ihre precäre Natur aus den Umständen erhellt [6]), oder sie wegen gesetzwidriger Benutzung eingezogen werden müßten [7]). Oft wird unter dem Ausdrucke Concession nur die Erklärung der Regierung verstanden, daß die gesetzlichen Bedingungen erfüllt sind, unter denen eine gewisse Handlung erlaubt ist, z. B. Heiraths-, Auswanderungsconcession ꝛc. Ebenso versteht man oft darunter Dispensation von Gesetzen. Diese abusiv nur sogenannten Concessionen sind daher auch nicht nach den Principien über Concessionen im Allgemeinen, sondern nach den rechtlichen Grundsätzen desjenigen Geschäftes zu beurtheilen, das ihnen eigentlich zu Grunde liegt.

Buddeus.

---

3) Maurenbrecher a. a. O. Note m. u. §. 218.

4) Ein Verzeichniß der ihnen unterliegenden Gegenstände s. bei Klüber a. a. O. §. 462 u. 463.

5) Bolley, vermischte juristische Aufsätze (Stuttgart 1831), 1. Bd. Abh. 12, S. 235.

6) Mathis, allgemeine juristische Monatsschrift für die preuß. Staaten (Berlin 1805—1811), 4. Bd. S. 192.

7) Ueber Bestrafung des Uebertretungsfalles der ertheilten Concession siehe v. Hohnhorst, Jahrbücher des großh. bad. Oberhofgerichtes zu Mannheim, 1. Bd. S. 192.

Concordate [1]) sind die zwischen den Gewalten in Kirche und Staat über ihr gegenseitiges Verhalten abgeschlossenen Verträge. Der Name ist erst technisch seit dem 15. Jahrhundert [2]); die Sache aber findet sich schon früh, denn seit die Kirche unter dem römischen Mittelpunkte zu einem äußerlichen Reiche sich zu gestalten begonnen hatte, ist sie ihren Besitzstand durch Verträge mit der weltlichen Gewalt zu schützen immer genöthigt gewesen. Als erstes Beispiel eines solchen Vertrages würde die durch den Papst Hadrian I. geschehene Uebertragung des Rechtes der Papstwahl auf den König Karl hier aufgeführt werden müssen [3]), wenn eine auch in die canonischen Rechtsbücher übergegangene chronikalische Nachricht als über jeden Zweifel erhaben betrachtet werden dürfte. Aber ganz bestimmt fallen in dieses Gebiet die Urkunden, durch welche die Kaiser den Päpsten ihren auf das antiquum ius begründeten Besitz und die Schenkungen ihrer Vorfahren bei ihrer Krönung gewährleisteten und die römische Kirche ihres Schutzes versicherten [4]). Insbesondere gehört hierher auch der bekannte Vertrag zwischen Otto d. Gr. und Johann XII.[5]), in welchem u. A. der von dem Papste dem Kaiser zu leistende Eid der Treue ausdrücklich erwähnt wird, und welcher im Wesentlichen für geschichtlich gehalten werden muß, wenn auch die heutige Gestalt der Urkunde insbesondere in dem die Länderschenkungen bestätigenden Theile manchen gerechten Zweifeln Raum gibt. Aehnlich verhält es sich mit der vielberufenen Constitution Leo's VIII.[6]), welche die Papstwahl und das Recht, die Erzbischöfe und Bischöfe zu ernennen, als kaiserliche Rechte anerkennt und bestätigt und eben deshalb der Gegenstand einer Controverse geworden ist, bei der man nur zu oft, die für die Wahrheit der Thatsache (wenn schon nicht der Urkunde) zeugenden individuellen Verhältnisse jener Zeit und der handelnden Hauptpersonen zu berücksichtigen, vergessen hat. Ihre Bedeutung aber, nicht als Verträge zwischen diesem Kaiser und diesem Papste, sondern als Vereinbarungen zwischen Staat und Kirche, gewinnen die Concordate erst, seit die Kirche zu einer absoluten Monarchie sich gestaltet, und ihr gegenüber das Selbstbewußtsein des Staates wach zu werden begonnen hatte. In dieser Beziehung werden sie,

---

1) E. Münch, vollständige Sammlung aller älteren und neueren Concordate, 2 Bde. (Leipzig 1830, 1831), vergl. mit der Rec. von Carové in den berliner Jahrb. 1832, S. 180 flg. Die folgende Darstellung hatte sich planmäßig auf die teutschen Concordate zu beschränken, weshalb rücksichtlich der anderen, insbesondere der französischen, auf Münch verwiesen werden muß. — Ueber die Concordate überhaupt Brendel in Lippert's Annalen I. 27.

2) Zuerst findet er sich wohl in dem unten anzuführenden costnitzer Vergleiche (nonnulla capitula concordata).

3) Vergl. c. 22. D. 63. und Gallade diss. ad cap. Hadrianus bei Schmidt thesaur. I. 252. Staudenmaier, Geschichte der Bischofswahlen, S. 109, 143. — Pertz Mon. IV. 159. App.

4) Ueber diese überhaupt Pertz l. c. p. 7. 159.

5) Pertz p. 164.

6) Das. p. 166. Gieseler, Kirchengesch. II. 1. 168. Vergl. c. 23. D. 63.

als die Ausflüsse des historischen Verhältnisses der Kirche zum Staate dort gewürdigt werden müssen, wo von dem letzteren selbst die Rede sein wird, während es hier nur darauf ankommen kann, diejenigen Verträge nach ihrer Entstehung und ihrem Inhalte darzustellen, welche für das Recht der Kirche selbst bleibenden Einfluß geäußert haben. Von diesem Standpunkte aus haben wir als einen Vertrag solcher Art, durch welchen der erste große Conflict zwischen Staat und Kirche, der Streit um die Investitur der Bischöfe, um ein mit allen Lebensverhältnissen der germanischen Staaten verwachsenes Vorrecht, entschieden worden ist, zuvörderst

I. das Concordat von Worms [7])

aufzuführen, abgeschlossen zwischen Heinrich V. und Calixt II. am 23. September 1122, in der Form gegenseitiger Versicherungen, eines Privilegium Calixti P. II. und eines Praeceptum Henrici IV. imperatoris. Die wesentlichen Bestimmungen desselben sind folgende: 1) Der Kaiser erkennt die canonische Wahlfreiheit an, und verzichtet auf das Recht, mit Ring und Stab zu investiren. Dagegen soll 2) jede Wahl im teutschen Reiche in Gegenwart des Kaisers oder seiner Abgeordneten geschehen und der Kaiser bei zweispältigen Wahlen nach dem Urtheil und Rath des Erzbischofs und der Provinzialbischöfe für denjenigen den Ausschlag zu geben berechtigt sein, für welchen sich die sanior pars entschieden haben wird. 3) Die zu dem Reiche gehörigen Bischöfe und Aebte sollen nach der Wahl die Belehnung mit den Regalien durch den Scepter empfangen; bei Stiftern außerhalb des Reiches ist dem Consecrirten hierzu eine sechsmonatliche Frist gestattet. In beiden Fällen ist die aus der Belehnung hervorgehende Verpflichtung anerkannt. — Ueber die Bedeutung dieses Vertrages ist viel gestritten worden, aber so vieles er auch unentschieden gelassen haben mag, ein Vertrag über bloße Sinnbilder und Worte ist er nicht gewesen, da in der Aufgabe des Wahlrechtes sich doch die Selbstständigkeit der Kirche wesentlich entschieden hat. Praktische Bedeutung hat er jedoch nicht mehr, denn an die Stelle des freien Wahlrechtes ist bald nach ihm, und durch die Kaiser anerkannt[7a]), das Wahlrecht der Capitel getreten; die Gewalt aber, mit welcher er abgeschlossen, und die Güter, auf welche er sich bezogen, sind mit der Auflösung des Reiches und der Säcularisationen vom Jahre 1803 hinweggefallen.

---

7) Pertz Mon. IV. 75. Staudenmaier a. a. O. S. 231. Die Acten des Vergleiches von Sutri vom 9. Febr. 1111 (nach welchem der Kaiser der Investitur entsagen, dagegen aber die der Kirche verliehenen Regalien und Ländereien zurücknehmen und der Clerus sich mit dem Zehnten und Oblationen begnügen sollte), sowie des römischen Vergleiches vom Jahre 1112 (welcher dem Kaiser die Investitur der frei und mit seiner Zustimmung ohne Simonie gewählten Bischöfe und Aebte durch Ring und Stab zugestand, den Erzbischöfen aber die freie Consecration vorbehielt), s. bei Pertz l. c. p. 65 sq.

7a) Durch die sogen. goldne Bulle von Eger vom 13. Juli 1213. Das. p. 224.

II. Die Concordate teutscher Nation.

Nach dem Calixtinischen Vergleiche begegnen wir einem Concordate[8]) von bleibendem Einflusse für das Recht der Kirche erst im 15. Jahrhunderte wieder, nach einem Zeitraume, in welchem der römische Stuhl die Perioden höchsten Glanzes und tiefster Erniedrigung durchschritten hatte. Die Wahlfreiheit war durch die päpstlichen Vorbehalte zu einer Sage geworden; das in unzähligen Kirchenversammlungen wiederholte Verbot der Simonie, in welchem das kirchliche Bewußtsein, der Welt als dem Reiche der Sünde gegenüber, sich äußert, war vergessen; unter dem Drucke der Annaten, Taxen und Palliengelder waren die Kirche und das Reich verarmt; die Rechtspflege hatte durch die ungemessene Ausdehnung der Appellationen an den päpstlichen Stuhl, die Excommunication durch die Häufung der Fälle der exc. ferendae sententiae ihre Würde verloren. Die Reaction gegen diese Verhältnisse tritt in den Synoden von Pisa (1409) und Costnitz (1414—1418) hervor, von denen die letzte in dem Beschlusse, daß das Concil auch ohne den Papst die Kirche repräsentire, sich selbst den Vollmachtsbrief schrieb, kraft dessen sie den Einheitspunkt der Kirche in dem Papste Martin V. wieder herstellte[9]). Aber hiermit hatte sie ihre Hauptaufgabe gelöst; denn anstatt die Reformation der Kirche selbst zu unternehmen, begnügte sie sich, bestimmte Punkte dem canonisch gewählten Papste zur Berücksichtigung zu empfehlen, indem sie es den einzelnen Nationen überließ, auf dieser Grundlage die Verhältnisse mit dem letzteren im Wege des Vertrages zu ordnen. Dieß geschah durch die teutsche Nation in einem am 2. Mai 1418 publicirten, auf 5 Jahre abgeschlossenen Concordat[10]), dessen wesentlicher Inhalt, so weit er mit späteren Verträgen in Beziehung steht, und deshalb hier erwähnt werden muß, der folgende ist. 1) Die Zahl der Cardinäle soll bis auf 24 verringert werden und die neu zu wählenden sollen gleichmäßig den verschiedenen Nationen angehören. 2) Das außerordentliche päpstliche Verleihungsrecht erstreckt sich auf die in dem ius scriptum und in den Extravaganten Exsecrabilis und Ad regimen erwähnten Fälle (vgl. d. Art. Kirchenpfründen). Die maiores dignitates in den Domstiftern und die principales dignitates in den Collegialcapiteln werden durch die Wahl besetzt, alle anderen Stellen abwechselnd von dem Papste und dem ordentlichen Verleiher oder den sonst zur Provision Berechtigten vergeben. 3) Ueber die Annaten vergl. diesen Artikel. 4) Die Excommunication soll nur dann bürgerliche Wirkung äußern, wenn sie durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen und öffentlich bekannt gemacht worden ist. — Wie wenig durch diese Bestimmungen den For-

---

8) Vergl. z. B. die Verträge Eugen's III. (1153) und Alexander's III. (1177) mit Friedrich I. das. p. 92. 154. Die Einigung zwischen Friedrich II. und Gregor IX. (1230) das. p. 269, Innocenz IV. (1244) p. 341 u. a.

9) Vergl. Gieseler a. a. O. II. 4. 13 flg. und den Art. Kirchenversammlungen.

10) Münch a. a. O. I. 20 flg. — Ueber das fast gleichlautende Concordat mit den Franzosen: Gieseler a. a. O. S. 41.

derungen und Bedürfnissen der Kirche entsprochen worden, liegt am Tage, dennoch sind sie, nachdem große Hoffnungen untergegangen, nur mit geringen Modificationen die Grundlage einer späteren Vereinbarung geworden.

Kaiser und Reich hatten nach langen Verhandlungen eine Anzahl von Beschlüssen (26) der baseler Synode mit verschiedenen Modificationen am 26. März 1839, wiewohl mit Vorbehalt der Neutralität in dem Kampfe der Synode gegen den Papst Eugen IV., feierlich in einer Urkunde acceptirt, welche sie nach dem Beispiele der Franzosen mit dem Namen einer pragmatischen Sanction belegten [11]). Der bedeutendste der hier angenommenen Beschlüsse betrifft die Stellung der allgemeinen Kirchenversammlung, welche die Vertreterin der streitenden Kirche und von Christus unmittelbar mit einer Gewalt betraut ist, der auch der Papst unterthan sein soll. Die Provinzial- und Diöcesansynoden sollen wieder hergestellt, und zwar jene in je 3 Jahren, diese jährlich ein- oder auch zweimal gehalten werden. — Die Vorschriften über die Verleihung der Pfründen sind folgende. Die päpstlichen Vorbehalte in den Extravaganten Ad regimen und Exsecrabilis, in den Canzleiregeln oder anderen päpstlichen Constitutionen sollen sammt den Anwartschaften (s. d. A.) völlig aufgehoben sein, dagegen die in dem corpus iuris enthaltenen (in corpore iuris clausae, woraus die Canonisten ein corpus iuris clausum gemacht haben) fortwährend, aber binnen Monatsfrist, ausgeübt werden (vgl. d. Art. Kirchenpfründen). Zugleich ist dem Papste ein Verleihungsrecht, nach Art des ius primae precis unbedingt, das von dem Concil anerkannte, auf die concurrirende Jurisdiction des Papstes gegründete, ius providendi per praeventionem, aber mit der Einschränkung zugestanden, daß das Präventionsrecht nicht gegen den ordentlichen Verleiher, sondern erst gegen den nächsten Kirchenoberen geltend gemacht werden sollte, wenn an diesen nach verstrichener Verleihungsfrist die Provision devolvirt sein würde; aber in allen diesen Fällen soll der Papst sein Recht vorzugsweise zu Gunsten einheimischer Bewerber geltend machen. — Das Wahlrecht der Capitel rücksichtlich der Electivpfründen ist, ebenso wie das Recht der ordentlichen Verleiher rücksichtlich der Collectivbeneficien, bestätigt. — Ueber die Zahl der Cardinäle und die Wahl derselben sind im Ganzen die Bestimmungen des costnitzer Vergleiches wiederholt. — In Beziehung auf das Bestätigungsrecht ferner geht die Sanction auf das ältere Recht zurück, indem sie dem Papste nur die Confirmation der ihm unmittelbar Unterworfenen und der Exemten zugesteht, während sie im Uebrigen, selbst rücksichtlich der von dem Papste kraft seiner Reservate Beliehenen, die Confirmation und Consecration dem nächsten Kirchenobern zuspricht. Völlig aufgehoben aber sind Annaten und Confirmationsgebühren jeder Art. Eine weitere wesentliche Verfügung endlich ordnet die Rechtspflege dergestalt, daß alle Sachen in den ordnungsmä-

11) Koch sanctio pragmatica Germanorum illustrata (Argentor. 1789, 4.) p. 105.

ßigen Instanzen angebracht, die Appellationen in den zulässigen Fällen an die nächste Instanz eingewandt und alle nach Rom devolvirte Sachen, jedoch u. a. mit Ausnahme der causae maiores im Sinne des canonischen Rechtes, nur durch einheimische delegirte Richter entschieden werden sollen. Dem Mißbrauch der Excommunicationen zuletzt tritt ein die Bestimmungen des costnitzer Vergleiches wiederholendes Decret entgegen. Der weitere Inhalt, wegen dessen wir auf die Urkunde selbst verweisen, bezieht sich auf die Abstellung gewisser Mißbräuche bei dem Gottesdienste, den Ehedispensen u. s. w.

Die päpstliche Bestätigung dieser, die hervorstehenderen Mißbräuche des äußeren kirchlichen Lebens berührenden Beschlüsse ertheilte, als die Kurfürsten in Folge der Absetzung der Erzbischöfe von Trier und Cöln auf die Seite des Concils von Basel zu treten gedroht hatten, im Jahre 1447 Papst Eugen IV. in vier Bullen vom 5. und 7. Februar[12]), aber mit dem Vorbehalt einer in der pragmatischen Sanction selbst verheißenen Entschädigung, sowie der etwa nöthigen Modificationen, und nicht ohne in einer besonderen Bulle (5. Februar) den römischen Stuhl gegen alle seinen Rechten nachtheilige Folgerungen ausdrücklich zu verwahren. Den Inhalt jener Bullen nennt derselbe Papst in einem an den Erzbischof von Mainz gerichteten Schreiben selbst ein zwischen ihm und den Ständen des Reichs eingegangenes Concordat[13]), und später ist dafür der Name Concordata principum der übliche geworden. Ungeachtet der von dem Nachfolger Eugen's, Nicolaus V. ausgesprochenen Bestätigung (April 1447) ist derselbe jedoch nicht vollständig zur Vollziehung gekommen, denn schon im folgenden Jahre stellte sich ihm ein anderer Vertrag zur Seite, in welchem der Kaiser das neugewonnene Recht der teutschen Kirche dem römischen Stuhle als Opfer und Zeichen seiner treuverbundenen Gesinnung darbrachte.

Der Reichstag zu Aschaffenburg (Juli 1447) hatte die Ermittelung der dem Papste vorbehaltenen Entschädigungen dem für das Jahr 1448 nach Nürnberg ausgeschriebenen Reichstage vorbehalten, si medio tempore cum legato non fuerit concordatum [14]). — Dieser Bestimmung gemäß schloß der Kaiser mit dem päpstlichen Legaten, Cardinal S. Angeli am 17. Febr. 1748 zu Wien einen Vergleich (Concordata Vindobonensia) ab [15]), welcher rücksichtlich der vorbehaltenen Kirchenämter und Annaten fast ganz auf das costnitzer Concordat zurückgeht, in der ersten Beziehung jedoch mit der Modification, daß anstatt des im Allgemeinen festgestellten Wechsels bei der Verleihung der nicht generell reservirten Pfründen die Abwechselung nach den Mona-

---

12) Das. S. 181 flg.
13) Das. S. 195.
14) Ueber das ganze Verhältniß, rücksichtlich dessen früher manche irrige Auffassungen gangbar gewesen sind, welche u. a. in dem Namen: Aschaffenburger Concordat sich zeigen, vergl. d. angef. Koch p. 211. n. 3.
15) Koch p. 210 sq.

ten (alternativa mensium) angeordnet ist, falls die einzelnen Kirchen sich nicht ausdrücklich für Beibehaltung des ersteren entscheiden würden. Die Dignitäten sollten, wie der übereinstimmende Text aller Originale des Vertrages erkennen läßt, fortwährend der Provision der Capitel überlassen bleiben, aber eine nur geringe Weglassung in der päpstlichen Bestätigungsbulle hat das Verhältniß verrückt und in vielen Stiftern eine Reservation herbeigeführt, welche noch in der neuesten Zeit wieder zur Anerkennung gelangt ist [16]). Für die Erzbisthümer und Bisthümer endlich wird die Besetzung durch canonische Wahl als Regel bestätigt, während dagegen die Bestimmungen der Fürstenconcordate über die Confirmation durch die Verfügung aufgehoben werden, daß nach jeder Wahl an den Papst Bericht erstattet werden solle. Die Anerkennung dieses, am Schlusse die Fürstenconcordate ausdrücklich bestätigenden Vertrages erfolgte durch die teutschen Kurfürsten und Erzbischöfe erst nachdem den Einzelnen mancherlei, später immer ad dies vitae wiederholte Indulte, insbesondere das Recht der Verleihung in den päpstlichen Monaten gewährt worden [17]). Später hat er in Teutschland (aber nicht in gleicher Weise bei den ihn aus dem Gesichtspunkte des Privilegiums auffassenden römischen Behörden [18])) immer als Grundgesetz gegolten [19]), wenn schon in manchen Kirchen die Verhältnisse sich in Folge päpstlicher Privilegien oder durch den Gebrauch abweichend gestaltet hatten [20]),

---

16) Die Weglassung der Worte de quibus in dem folgenden Satze. De ceteris dignitatibus et beneficiis quibuscunque, saecularibus et regularibus vacaturis, ultra reservationes iam dictas, maioribus dignitatibus post pontificales in cathedralibus et principalibus in collegiatis exceptis, de quibus iure ordinario provideatur per illos inferiores, ad quos alios pertinet. Vgl. Koch l. c. p. 240 in d. Anm.

17) Vergl. Gieseler a. a. O. S. 203. In der Erzdiöcese Cöln wurde das Concordat erst nach dem Tode des Kurfürsten Dietrich im Jahre 1461 publicirt. Hedderich elem. iur. can. IV. 145.

18) Eine Decision der Rota in causa Leodian. canonicatus v. 15. Mai 1560 sagt in diesem Sinne: Quae alias dicuntur, quod concordata Germaniae habent vim contractus, non sunt vera, quia spiritualia non cadunt in commercium, sed expediuntur per vim gratiae, et Papa per eiusmodi concordata nihil de novo acquisivit, sed multum de iure suo remisit, unde remanet merum privilegium. Daß jedoch die Päpste selbst dem Concordate vim pacti inter partes beilegten, beweisen die u. a. von Ditterich primae lineae iuris publ. eccl. (Argent. 1778) p. 124 citirten Stellen, und eine andere Ansicht der Rota (concordata sunt quidam contractus, quem facit Papa cum ipsa natione) findet sich u. a. in Coccini decis. (Veron. 1647) p. 20. im Anh. — Vergl. überhaupt Gonzalez comm. ad regul. VIII. Cancell. (Rom. 1604, fol.) p. 443 sq.

19) Dieß beweist die Aufführung derselben in den Wahlcapitulationen (Ditterich p. 128), und in der Reichshofrathsordnung Tit. VII. §. 24.— Vergl. Droste-Hülshoff, Grundsätze des K.-R. II. 1. S. 186, N. 548. Für Preußen vergl. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechts des preuß. Staats (Königsberg 1837), I. 17. Anm. 19.

20) Vergl. z. B. die verschiedenen Indulte für Straßburg, Mainz, Speier bei Koch im Anh. und die reichhaltigen Notizen über die Gestaltung in den einzelnen teutschen Stiftern bei Ditterich S. 197 flg., der zugleich über die

namentlich auch die Extravagante Exsecrabilis in Teutschland nicht praktisch geworden ist[21]). — Dagegen war, seit durch Horik[22]) die pragmatische Sanction wieder in das Gedächtniß zurückgerufen worden, sein Verhältniß zu dieser ein Gegenstand des Streites unter den Canonisten, indem diese, je nachdem sie dem Episkopalsystem anhingen oder dasselbe bestritten, die Giltigkeit der letzteren bald behaupteten bald bekämpften[23]). Die richtige Ansicht war jedoch die, welche die Fürstenconcordate als die Regel, den wiener Vergleich als die Ausnahme, jene also in so weit als giltig betrachtete, als ihr Inhalt durch den letzteren nicht berührt wurde. Die nicht minder controverse Frage über die heutige Stellung beider in der Reihe der kirchlichen Rechtsquellen ist dahin zu entscheiden, daß zwar die Staatsgewalt, mit welcher sie abgeschlossen worden, durch die Auflösung des teutschen Reiches hinweggefallen ist, ohne daß die gegenwärtigen teutschen Staaten als Nachfolger in der von dem letzteren übernommenen Verbindlichkeit betrachtet werden dürfen, daß jedoch die dem Papste der teutschen Kirche gegenüber durch jene Verträge erworbenen Rechte noch jetzt als Theile des inneren Kirchenrechtes betrachtet werden müssen, soweit nicht später ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet worden ist, oder ihnen das landesherrliche Majestätsrecht eine Grenze zieht[24]).

III. Die Vereinbarungen mit dem römischen Stuhle im 19. Jahrhunderte.

Durch die Säcularisationen im Jahre 1803 war die Verfassung der katholischen Kirche zerstört worden; der Kirche war nichts geblieben als die Erinnerung und die Anweisung auf die Regenten, deren Acceptation von der Gerechtigkeit der letzteren zu erwarten sie ein Recht hatte. Schon im Jahre 1807 wurden deshalb Unterhandlungen mit den Höfen von München und Stuttgart durch den päpstlichen Nuntius della Genga wiewohl erfolglos eröffnet[25]). Später, als die Vorstellungen des Cardinallegaten Consalvi und die Bestrebungen des Freiherrn von Wessenberg und der aus der Mitte der teutschen Katholiken aufgetretenen

---

Geltung der Concordate in nicht zum Reich gehörigen Capiteln zu vergleichen ist.

21) Wie die Beschwerden der teutschen Erzbischöfe vom Jahre 1769 (bei Le Bret, Magazin, Bd. VIII. und im Anh. zu Gratz nova collect. diss. eccl. in ius eccl. p. 287) §. 3. bezeugen.

22) Horik Concordata nationis Germanicae integra. Francof. et Lips. 1763, 4.

23) Die reichhaltige Literatur bei Klüber, neue Literatur des Staatsr. §. 1449. Besonders hervorzuheben ist Gregel, de iuribus nationi Germanicae ex acceptatione decretorum Basileensium quaesitis, per concordata Aschaffenburgensia modificatis aut stabilitis. Mag. 1787, 4. und bei Gratz a. a. O. S. 41.

24) Eichhorn, K.-R. I. 407; dagegen Longner, Darstellung der Rechtsverh. der Bischöfe in der oberrhein. Kirchenprovinz (Tübingen 1840), S. 85.

25) Klüber, Uebersicht der diplomatischen Verhandl. des wiener Congr. S. 413 flg.

Oratoren auf dem wiener Congresse ohne Unterstützung geblieben waren, und die Bundesacte der eine Zeit lang begründet gewesenen Hoffnung auf Gewährleistung der Rechte der Kirche nicht entsprochen hatte[26]), wandte man sich zu jenen Separatverhandlungen zurück, deren erstes Ergebniß in dem mit Bayern im Jahre 1817 abgeschlossenen, im Jahre 1821 in Vollziehung gesetzten Concordate[27]) vorliegt, einer Urkunde, welche zunächst die Vereinbarung über die Eintheilung der Diöcesen (München-Freising, mit den Suffrag. Augsburg, Passau und Regensburg, Bamberg, mit den Suffarg. Würzburg, Eichstädt und Passau) und die Dotationen, aber auch manche Bestimmungen über das Verhältniß der Kirche zu dem Staate[28]), und über innere kirchliche Angelegenheiten[29]) enthält. Anders dagegen mußte sich der Kreis der Gegenstände der Unterhandlung da gestalten, wo die kathol. Kirche durch die evangelischen Landesherren ihre Verfassung wieder erhalten sollte. In der That hatte man sich eine Zeit lang der Täuschung hingegeben, daß es möglich sein werde, Anerkennung für die landesherrlichen Majestätsrechte und Freiheit der Bewegung für die Kirche im Sinne des bischöflichen Systems zu erlangen. Dieß beweisen u. a. die von den Bevollmächtigten einer Anzahl teutscher Staaten zu Frankfurt im Jahre 1818 entworfenen „Grundzüge zu einer Vereinbarung über die Verhältnisse der katholischen Kirche in teutschen Bundesstaaten", welche, durchaus im Geiste des Febronius und der emser Beschlüsse verabfaßt, die Grundlage der Unterhandlung mit dem römischen Stuhle zu bilden bestimmt sein sollten[30]). Daß man auf dieselben eingehen werde, war

---

26) Das. S. 397 flg., 441 flg.

27) Münch a. a. O. II. 217. — Ueber das bayerische Concordat und sein Verhältniß zu dem Edicte vom 26. Mai 1818, die äußeren Rechtsverhältnisse des K.-R. Bayern, in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften betreffend, s. Klüber, Staatsrecht S. 697. — Ein Verzeichniß von 15 das Conc. betreffenden Schriften liefert Schunck, Staatsr. d. K.-R. Bayern I. 133, auf welchen hier überhaupt verwiesen wird.

28) Z. B. über den Verkehr der Bischöfe mit dem Clerus und Volk ihres Sprengels; über die Ermächtigung zu freier Publication ihrer Verordnungen in Kirchensachen; über den Verkehr der Bischöfe, des Clerus und des Volkes mit dem römischen Stuhl; über den Antheil der Bischöfe an dem Censurwesen u. s. w.

29) Z. B. über die Wiederherstellung der Klöster, die Erwerbsfähigkeit der Kirche, die Gerichtsbarkeit in Ehesachen, den Gebrauch der lateinischen Sprache beim Gottesdienste, die Besetzung der Bisthümer und der Stellen in den Stiftern, welche dergestalt geordnet ist, daß der König zu den Bisthümern, den Decanaten und den in den päpstlichen Monaten vacant werdenden Stiftspfründen vermöge päpstlichen Indults nominirt, dem Papste die Propsteien vorbehalten sind und von den Bischöfen und Capiteln, die in den nicht päpstlichen Monaten vacant werdenden Pfründen dergestalt verliehen werden, daß die ersteren in den drei ersten, die anderen in den folgenden Monaten ernennen.

30) Bei Münch a. a. O. I. 338. Ueber die ganzen Verhandlungen (an denen zuerst Württemberg, Baden, Kurhessen, Großh. Hessen, Nassau, Oldenburg und Frankfurt, später auch der Herzog von Mecklenburg, die Herzoge von Sachsen [jedoch nicht S.-Hildburghausen], die beiden Fürsten von Hohenzollern, der Fürst von Waldeck [der jedoch wieder zurücktrat], Lübeck, Bre-

eine vergebliche, wir möchten in Erinnerung an die Geschichte der früheren Concordate sagen, eine teutsche Hoffnung, der der Cardinal Consalvi [31]) die Berufung auf die vigens ecclesiae disciplina und die Hindeutung auf den gottgegebenen Umfang des Primats mit um so größerem Glücke gegenübersetzte, als über diese die evangelischen Regenten zu controvertiren und zu urtheilen nicht befähigt und berechtigt betrachtet werden könnten. Diese Vorgänge sind es nach allem Anschein, welche die Beschränkung der später mit evangelischen Regenten getroffenen Vereinbarungen auf die Einrichtung und Begrenzung der Diöcesen, die Organisation der Stifter, die Dotationen und die Besetzung der Bisthümer und Capitel, aber auch die Form veranlaßt haben, in der diese Vereinbarungen selbst hervorgetreten sind, die Form unter landesherrlicher Genehmigung und Bestätigung erlassener päpstlicher Bullen. In solcher Weise wurden nach längeren, durch Niebuhr geflogenen, durch den Staatskanzler Fürsten Hardenberg zum Abschluß gebrachten Verhandlungen die Verhältnisse der katholischen Kirche in Preußen durch die mit königlicher Sanction vom 23. August 1821 publicirte Bulle De salute animarum vom 16. Juli deff. J. dergestalt geordnet [32]), daß das ganze Königreich in zwei Erzdiöcesen, Cöln mit den Suffraganbisthümern Trier, Münster und Paderborn; Gnesen-Posen mit dem Bisthume Culm getheilt, und die exemte Qualität von Breslau und Ermland bestätigt ist. Eine ähnliche Verfügung wurde im Jahre 1824 für Hannover erlassen (Impensa Rom. Pont. vom 26. März 1824) [33]), welche das Bisthum Hildesheim gründete und über die einstweilige Verwaltung der noch nicht dotirten Diöcese Osnabrück bestimmte. Für einzelne der bereits seit 1818 zu gemeinsamer Handlung verbündeten Staaten (Württemberg, Baden, Kurfürstenthum Hessen, Großherzogthum Hessen, Nassau und Frankfurt) war schon im Jahre 1821 (16. August) durch die Bulle Provida solersque [34])

---

men und dann Hamburg Theil genommen haben), und diese Grundlage insbesondere vergl. Longner, die neuesten Grundlagen der teutsch-katholischen Kirchenverfassung, Stuttg. 1821; Beiträge zur neuesten Geschichte der teutsch-kathol. Kirchenverf. von J. M. L. R..s, Straßb. 1823; Organon oder kurze Andeutungen über kirchliches Verfassungswesen u. s. w. Augsb. 1830.

31) Note vom 10. Aug. 1819, das. 378.

32) Das. S. 250. Klüber, neueste Einrichtung des kathol. Kirchenwesens in den preuß. Staaten, Frankf. 1822. — Rücksichtlich des linken Rheinufers ist jedoch ausdrücklich noch zu bemerken, daß hier auch das französische Concordat vom J. 1801 (bei Hermens, Handbuch der Staatsgesetzgebung u. s. w., Aachen 1833, I. 465.) noch jetzt in Uebung ist, so weit ihm die Bulle De salute animarum nicht derogirt hat. — Ueber die Verhältnisse der katholischen Pfarreien im Oldenburgischen zu dem Bisthum Münster vergl. die oldenb. Verordnung zu Regulirung der Diöcesanangelegenheiten ꝛc. v. 5. April 1831, bei Weiß, Archiv, V. 273. — Wegen der Unterordnung weimarischer Parochien unter die Diöcese Paderborn: Gesetz über kathol. Kirchen- u. Schulangelegenh. v. 7. Oct. 1823 bei Droste-Hülshoff a. a. O. I. 417.

33) Münch S. 297.

34) Bei Münch a. a. O. I. 309.

zu Freiburg in Breisgau [35]) ein erzbischöflicher Sitz mit den Suffraganſitzen Rothenburg a. N., Mainz, Fulda und Limburg (mit 9 weimarischen Parochien und der Stadt Frankfurt) errichtet worden (sogen. oberrheinische Kirchenprovinz). Die weitere Ausführung, namentlich die Bestimmungen über die Wahl, den Informativprozeß, die Constituirung der Capitel und die Ernennung der Mitglieder derselben, über die Seminarien, den freien Verkehr mit Rom und die volle Ausübung der bischöflichen Rechte nach der jetzt bestehenden Disciplin, enthält die Bulle Ad dominici gregis custodiam vom 11. April 1827 [36]), welche, so weit sie die Bildung der oberrheinischen Kirchenprovinz, die Begrenzung, Ausstattung und Einrichtung der Diöcesen und Capitel, sowie die Besetzung des erzbischöflichen und der bischöflichen Stühle und der Stiftsprädenden betrifft, in den verschiedenen Staaten die landesherrliche Genehmigung erhalten hat [37]). Der einzelnen Verfügungen wird unter geeigneten Artikeln Erwähnung gethan werden, wir bemerken jedoch schon hier, daß, während für Preußen päpstliche Reservate als noch bestehend erwähnt werden, solche weder in Hannover noch der oberrheinischen Kirchenprovinz anerkannt sind; daß endlich allein die Bulle Ad dominici gregis custodiam eine das landesherrliche Majestätsrecht berührende Verfügung in dem den freien Verkehr mit dem römischen Stuhle und die Ausübung der bischöflichen Gerichtsbarkeit nach dem canonischen Rechte betreffenden 6. Artikel enthält, und daß augenscheinlich die landesherrliche Genehmigung gerade auf diese sich nicht erstreckt hat.

Die rechtliche Bedeutung dieser Bullen, welche der ungenaue Sprachgebrauch als Concordate zu bezeichnen liebt, ist nicht von allen Schriftstellern in gleicher Weise aufgefaßt worden, ja von protestantischer Seite, und auch hin und wieder immitten der katholischen Kirche hat man nicht selten sogar an der Nothwendigkeit der Vereinbarung mit dem Papste gezweifelt, indem man auf die Grundsätze des bischöflichen Systems hinwies und den Episkopat als den berufenen Vertreter der Kirche bezeichnete. Diese Ansicht ist jedoch einseitig und weist den evangelischen Regenten der katholischen Kirche gegenüber einen Standpunkt an, welchen einzunehmen sie nach den historisch entwickelten Verhältnissen nicht für berechtigt gehalten werden können. Daß die katholische Kirche von ihren hierarchischen Oberen regiert werde, darauf hat sie schlechthin ein Recht. Allerdings bestehen über die Grenzen der Gewalt dieser Oberen vielfache Zweifel, und der Auffassung, welche das

---

35) Die Dioc. Freiburg begreift auch die Fürstenthümer Hohenzollern-Hechingen und Sigmaringen. — Für die ursprünglich an der Verhandlung betheiligten nordteutschen Staaten, die Hansestädte (Oldenburg? vergl. Anm. 32), ist nach den neuesten Nachrichten ein apostolischer Vicar mit dem Sitze in Hamburg bestellt worden.

36) Münch a. a. O. I. 410.

37) Württemberg 24. Oct., Großh. Baden 16. Oct., Nassau 9. Oct., Großh. Hessen 12. Oct. 1827, Kurf. Hessen 31. Aug. 1829. Weiss corp. iur. eccl. p. 295.

Verbundensein mit dem Primat als das wesentliche Merkmal der Kirche auffaßt, steht die andere gegenüber, nach welcher die Schwerkraft der Kirche in dem Episkopat gelegen ist. Aber hierüber zu richten sind die evangelischen Regenten nicht berechtigt, und so viele Veranlassung sie auch haben mögen, diejenige Richtung zu begünstigen, welche mit dem Staate am wenigsten in Widerspruch tritt, dennoch sind sie nicht ermächtigt, aus dem bestehenden Kirchenrechte den Artikel von der päpstlichen Gewalt zu streichen, so lange die Kirche diesen selbst als Glaubensartikel festhält. Abgesehen also davon, daß ein Episkopat, mit welchem unterhandelt werden konnte, nicht einmal vorhanden war, konnten die Regenten, als sie den Landeskirchen zu ihrer Verfassung wieder zu verhelfen sich in ihrem Rechtsgefühle genöthigt sahen, nur an den Papst, als den von der Kirche anerkannten Vertreter, gewiesen sein. Aber eine andere Frage ist es, welche Rechte der Kirche wie dem Papste errungen, welche Verpflichtungen von den einzelnen Staaten beiden gegenüber übernommen worden seien, insbesondere, ob von Seiten der letzteren eine Anerkennung der Stellung des Papstes zu der Kirche im Sinne des päpstlichen Systems erfolgt sei, welche ihrerseits wiederum auf das landesherrliche ius circa sacra eine beschränkende Rückwirkung zu äußern vermöchte. In der That ist diese Frage in der neueren Zeit nicht selten zum Nachtheil des Staates beantwortet worden; es bedarf jedoch nur der Verweisung auf den Inhalt der sogenannten Umschreibungsbullen, um die völlige Unhaltbarkeit dieser Ansicht und ihrer Consequenzen darzulegen. Aus ihm geht hervor, daß nur rücksichtlich der Dotationen der von dem Papste kraft seiner von der Kirche anerkannten Berechtigung wieder hergestellten Bisthümer von den einzelnen Staaten vertragsmäßig eine Verpflichtung übernommen worden ist. Hiermit aber schließt sich der Kreis der besonderen Verpflichtung des Staates ab, und namentlich ist das Majestätsrecht ungeschmälert geblieben, da weder eine ausdrückliche Verzichtleistung auf einzelne in diesem enthaltene Befugnisse erfolgt ist, noch aus der von den Regenten zur Wiederherstellung der katholischen Kirchenverfassung ertheilten Zustimmung darauf geschlossen werden kann, daß ein anderes Verhältniß zwischen dem Staate und der von ihm dotirten Kirche habe hergestellt werden sollen, als ein mit dem Bestehen des ersteren und seinen Verpflichtungen gegen die anderen christlichen Confessionen überhaupt verträgliches. So ergibt sich denn also die Bedeutung jener Bullen von selbst; sie sind nicht aus dem Gesichtspunkte des Vertrages, sondern als kirchliche Verordnungen zu beurtheilen, denen der Staat nach getroffener Verständigung über ihren Inhalt seine Genehmigung ertheilt hat.

Während also ein förmliches Concordat nach bekannten Regeln nur durch beiderseitige Uebereinkunft der Contrahenten aufgehoben werden kann, besteht hier für den Staat keine andere, sein Majestätsrecht beschränkende Verpflichtung, als die, welche in dem Berufe des Staates zur Anerkennung der Kirche überhaupt gelegen ist, und die Zurücknahme des Placat würde daher dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn die

Kirche, ihren Standpunkt verkennend, in die Lebenssphäre des Staates eingriffe, und die Ausübung seines Selbsterhaltungsrechtes provocirte[38]). Daß das ganze Verhältniß von den einzelnen Staaten in dieser Weise aufgefaßt worden sei, ergibt sich aus dem Inhalte der Genehmigungsurkunden, welche ohne Ausnahme die Genehmigung auf die einzelnen positiven Verfügungen beschränken und gegen jede, die Majestätsrechte, die Rechte der evangelischen Kirche und (wie in den Verfügungen der Staaten der oberrheinischen Kirchenprovinz gleichlautend hinzugefügt wird) die erzbischöflichen und bischöflichen Befugnisse berührende Consequenz eine ausdrückliche Verwahrung aussprechen. Und ganz aus diesem Gesichtspunkte sind auch die angeführten Bestimmungen der Bulle De salute animarum über die päpstlichen Reservate zu beurtheilen; auch die Ausübung dieser hat der Staat zugelassen, weil er sie als Theile des inneren Kirchenrechtes vorfand. Aber sie bilden nicht ein dem römischen Stuhle vom Staate vertragsmäßig zugestandenes Recht, wie von Eichhorn[39]) gesagt wird, und am wenigsten ist mit ihrer Zulassung zugleich das Princip anerkannt, in dessen Folge sie in das Recht der teutschen Kirche eingeführt worden sind.

Außer den Verträgen zwischen dem Staate und dem Papste pflegten sonst auch die zwischen den Regenten der einzelnen Staaten und den Inhabern der particularen Kirchengewalt namentlich über die Grenzen der Jurisdiction abgeschlossenen Vereinbarungen Concordate genannt zu werden[40]). Rr.

Concubinat ist die weder incestuose noch ehebrecherische geschlechtliche Verbindung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechtes, welche, ohne ehelich verbunden zu sein, als Mann und Frau mit einander leben[1]). Nach römischem Rechte war der Concubinat insoweit keine unerlaubte Verbindung, als überhaupt außerehelicher Beischlaf nicht strafbar war[2]). Der Concubinat unterschied sich von der eigent-

---

38) Von diesem Standpunkte aus hat auch die in den Staaten der oberrhein. Kirchenprovinz am 30. Jan. 1830 gleichmäßig publicirte Verordnung: die Ausübung des landesherrl. Schutz- und Aufsichtsrechtes über die kathol. Kirche betr., ihre Berechtigung (u. a. bei Walter, K.-R. S. 738 der 8. Aufl.), gegen welche freilich der Papst in dem an die Bischöfe der Provinz gerichteten Breve, Pervenerat non ita pridem, v. 30. Juni 1830 (Walter a. a. O. S. 742) sich verwahrt hat.

39) A. a. O. S. 411.

40) Ein Beispiel bieten die Concordate zwischen dem Erzbischof von Salzburg und dem Herzog Wilhelm von Bayern (abgedr. im 1. Bande von Hund metrop. salisb. und bei Amort elem. iur. can. III. 422.).

1) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, §. 457 flg. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 573.

2) L. 1. §. 1. D. de concubinis. (25. 7.) Im Allgemeinen ging die römische Gesetzgebung von dem Grundsatze aus, daß der außereheliche Beischlaf mit öffentlichen Huren und gemeinen Weibspersonen straflos sei. L. 13. §. 2. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) L. 22. L. 29. C. eod. (9. 9.) Daher war auch der Concubinat gestattet, wenn er mit einer Sclavin oder Freigelassenen, oder einer Freigeborenen, welche zu den inhonestae personae gehörte,

lichen Ehe nicht sowohl durch die äußere Form, als vielmehr durch die verschiedene Absicht, mit welcher er eingegangen wurde. Denn die Beobachtung einer bestimmten äußeren Form war auch zur Eingehung einer wirklichen Ehe nicht erforderlich, indem die kirchliche Trauung zwar unter den christlichen Kaisern häufig vorkommen mochte, jedoch noch nicht als nothwendige Form vorgeschrieben war. Nur für die höchsten Stände (personae illustres) wurde von Justinian das Erforderniß schriftlicher Eheverträge (dotalia instrumenta) als nothwendige Form aufgestellt [3]). Die Verschiedenheit der Absicht aber bestand darin, daß es bei dem Concubinate an der affectio maritalis mangelte, an der Absicht, die Concubine zu der Ehre, der Würde und den Rechten der Ehefrau zu erheben, und eine ungetheilte Lebensvereinigung (individua vitae consuetudo) mit ihr einzugehen [4]). Der Concubinat wurde zwar auch als ein fortdauerndes, wenn gleich nicht nothwendig lebenslängliches, Verhältniß eingegangen, weshalb es auch dem Ehemanne nicht gestattet war, neben seiner Ehefrau noch eine Concubine zu haben [5]); allein das Verhältniß war ein auflösliches, welches von beiden Theilen willkürlich aufgehoben werden konnte, sowie auch die Concubine nicht in derselben Weise als die Ehefrau verpflichtet war, dem Manne die Treue zu bewahren [6]). Der Concubinat war daher auch nur ein geduldetes Verhältniß, welches zwar anderen ungeordneteren außerehelichen Geschlechtsverbindungen gegenüber bevorzugt, aber keineswegs für das zwischen den Geschlechtern bestehende eigentlich rechtmä-

---

eingegangen war. L. 3. D. de concubin. Zu diesen wurden aber gerechnet, theils diejenigen, quae inhoneste vivebant, theils diejenigen, quae obscuro loco natae erant. L. 46. §. 1. D. de V. S. (48. 16.) L. 7. C. de incest. nupt. (5. 5.) Auch wurde ein Frauenzimmer dadurch, daß es sich in ein Concubinatsverhältniß begab, zur inhonesta persona. L. 13. pr. D. ad leg. Iul. de adult. (48. 5.) Daher war es nothwendig, daß derjenige, der mit einer Freigeborenen, die nicht schon inhonesta war, ein Concubinat eingehen wollte, Anzeige davon machen mußte, wenn seine Handlung nicht als stuprum angesehen werden sollte. L. 3. D. de concubin. Nur die Freigelassene, welche mit ihrem Patron einen Concubinat einging, verlor nicht den Namen und die Würde einer Matrone, weil es für den Patron für schicklicher gehalten wurde, seine Freigelassene zur Concubine als zur Ehefrau zu haben, wie denn überhaupt die Bestimmungen des römischen Rechtes über den erlaubten Concubinat mit der Ansicht zusammenhingen, daß es für den Freigeborenen unschicklich sei, Frauenzimmer gewisser Art zur Würde seiner Ehefrau zu erheben. L. 41. §. 1. D. de R. N. (23. 2.) L. 13. pr. D. ad leg. Iul. de adult. L. 1. pr. D. de concubin. Vgl. auch Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte, Bd. I, S. 164.

3) Nov. 74. c. 4. Nov. 78. c. 3. Nov. 117. c. 4. 6. Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechtes, Bd. I, §. 146.

4) L. 4. D. de concubin.

5) L. un. C. de concubin. (5. 26.)

6) L. 1. pr. D. de concubin. Nur der Fall, da die Freigelassene mit dem Patrone im Concubinate lebt, macht eine Ausnahme, indem hier die Concubine wegen Untreue sogar mit der Strafe des Ehebruches belegt werden konnte. L. 13. pr. ad leg. Iul. de adult. Dafür verlor aber auch die Freigelassene durch den Concubinat nicht die Würde einer Matrone. Vergl. Note 2.

fige Verhältniß angesehen und einer wirklichen Ehe gleichgeachtet wurde. Daher wurden zwar die im Concubinate erzeugten Kinder als liberi naturales von anderen außerehelichen Kindern, liberi spurii und vulgo quaesiti, unterschieden, und diesen gegenüber bevorzugt [7]), sowie auch dem Vater in Beziehung auf seine natürlichen Kinder das Recht eingeräumt wurde, dieselben zu legitimiren und dadurch väterliche Gewalt über sie zu erwerben [8]); aber die Kinder waren doch keine legitimen Kinder, welche den in wirklicher und rechtmäßiger Ehe erzeugten auch nur einigermaßen gleich gestanden hätten.

Geradezu gemißbilligt und für unerlaubt erklärt wurde der Concubinat im oströmischen Reiche erst durch eine Verordnung des Kaisers Leo, des Philosophen [9]), nachdem schon vorher von demselben Kaiser die kirchliche Einsegnung der Ehen vorgeschrieben war [10]). Noch länger dauerte es im Occidente, ehe ein allgemeines und durchgreifendes Verbot des Concubinates durchgesetzt werden konnte. Denn in allen Ländern war die Sitte des Concubinates nicht allein unter Leuten weltlichen Standes, sondern vorzüglich auch unter den Geistlichen auf ungebührliche Weise verbreitet. Daher erklärt selbst der heilige Augustin nicht jedweden Concubinat für verwerflich, sondern blos den nicht auf die Zeit des Lebens eingegangenen, indem er sogar behauptet, ein Concubinat, der unter zwei unverheuratheten Personen unter der Bedingung eingegangen werde, daß keine von ihnen die Erzeugung von Kindern verhindern, noch sich mit einer anderen Person verbinden, sondern bis zum Tode in der Verbindung bleiben wolle, könne vielleicht nicht unpassend eine Ehe genannt werden [11]). Auch auf der ersten toletanischen Kirchenversammlung wurde bestimmt, daß derjenige, der unverheurathet sei, und sich anstatt einer Ehefrau (pro uxore) eine Concubine halte, keiner Buße unterliege, wenn er sich nur mit einer Concubine begnügen wolle [12]). Deswegen kann aber nicht behauptet werden, daß der auf Lebenszeit eingegangene Concubinat in der christlichen Kirche jemals der wirklichen Ehe gleich geachtet worden sei [13]). Wenn er sich auch, so

---

7) Namentlich gab Justinian den Concubinenkindern ein Alimentationsrecht gegen ihren Vater, Nov. 89. cap. 12. §. 6, während die spurii und vulgo quaesiti bekanntlich nur gegen ihre Mutter Alimentationsansprüche hatten. Auch haben nach neuestem Justinianischen Rechte Concubinenkinder gemeinschaftlich mit ihrer Mutter ein gesetzliches Erbrecht auf zwei Zwölftheile der väterlichen Verlassenschaft, unter der Voraussetzung, daß der Erblasser weder eine rechtmäßige Gattin noch eheliche Kinder hinterläßt. Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12. §. 4. 6. Andere außereheliche Kinder succediren dagegen bekanntlich nur ihrer Mutter und deren Ascendenten. §. 3. J. de SC. Orphit. (3. 5.) L. 5. C. eod. (6. 57.)

8) L. 3. 4. 5. 6. 7. 10. 11. C. de natural. liber. (5. 27.) §. 13. J. de nuptiis. (1. 10.) Nov. 89. cap. 2. 8. 9. 11. pr. §. 1.

9) Nov. Leonis 91.

10) Nov. Leonis 89.

11) Et potest quidem fortasse non absurde hoc appellari connubium, c. 6. Caus. 32. qu. 2. c. 5. eod. c. 6. dist. 34.

12) C. 4. dist. 34.

13) Wie behauptet wird von Leyser, medit. ad Pandect. spec. 585.

lange für die Ehe noch keine bestimmte Form als nothwendig vorgeschrieben war, von derselben nicht durch die äußere Form unterscheiden konnte, so bestand doch zwischen beiden fortwährend derselbe Unterschied, der schon nach römischem Rechte zwischen ihnen obwaltete, daß nämlich der Mann die Concubine nicht als seine eigentliche Ehefrau halten wollte, und der Concubine nicht die Rechte der Ehefrau und den Concubinenkindern nicht die Rechte der ehelichen Kinder zustanden. Deswegen arbeitete auch die kirchliche Gesetzgebung, seit sie überhaupt bemüht war, eine strengere Zucht und Disciplin einzuführen, dem Concubinate, ohne Unterschied, ob er auf Lebenszeit eingegangen wurde oder nicht, mehr und mehr entgegen [14]), und schon lange vor dem tridentiner Concilium, auf welchem für die Eingehung der Ehe eine bestimmte Form vorgeschrieben wurde, war derselbe sowohl für Geistliche als für Laien für eine verbotene Verbindung erklärt [15]). Dem Beispiele der geistlichen Gesetzgebung folgte die weltliche nach, indem der Concubinat, und zwar gleichfalls ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen concubinatus perpetuus und temporarius, in verschiedenen Reichsgesetzen verboten und mit weltlicher Strafe bedroht wurde [16]).

Abgesehen davon, daß durch dieses Verbot der im römischen Rechte zwischen natürlichen und zwischen anderen außerehelichen Kindern bestehende Unterschied aufgehoben worden ist [17]), ist auch durch dasselbe der

---

med. 6. und 7. Eine genügende Widerlegung dieser Ansicht findet sich bei Koch, institut. iur. crim. §. 301 in der Note.

14) Vgl. darüber J. H. Böhmer, ius ecclesiast. Protest. lib. III. tit. 2. §. 22.

15) Von Papst Leo X., dessen hierauf bezügliche Verordnung sich im lib. VII. decretal. lib. V. tit. 16. c. 1. findet.

16) R.-P.-O. von 1530, Tit. 33, von 1548, Tit. 25, und von 1577, Tit. 26.

17) Die natürlichen Kinder stehen vielmehr jetzt mit anderen außerehelichen Kindern auf gleicher Linie. Dabei entsteht die Frage, ob heutiges Tages für die natürlichen Kinder in Anwendung komme, was nach römischem Rechte für die spurii und vulgo quaesiti galt, oder ob diese letzteren wie natürliche Kinder zu beurtheilen seien. In Ansehung der Legitimation und der Alimentationsverbindlichkeit ist diese Frage zwar von keiner praktischen Bedeutung, indem nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes theils alle Arten unehelicher Kinder legitimirt werden können, c. 1. 13. X. qui filii sunt legitimi. (4. 17.); theils nach allgemeinem Gerichtsgebrauche, der sich auf Usualinterpretation von c. 5. X. de eo, qui duxit in matrim. (4. 7.) gründet, der Mutter des unehelichen Kindes und diesem selbst eine actio de partu agnoscendo utilis auf Anerkennung und Alimentation gegen den Erzeuger und dessen Erben zusteht. In Ansehung des gesetzlichen Erbrechtes an dem väterlichen Nachlasse hängt es aber von der Beantwortung dieser Frage ab, ob dasselbe allen außerehelichen Kindern zugesprochen werden könne. Da aber die spurii und vulgo quaesiti durch das Verbot des Concubinates auf keinen Fall einen Zuwachs in ihren Rechten erhalten haben können, so ist klar, daß ihnen dasselbe nicht zustehen kann. Daß aber die liberi naturales das nach römischem Rechte ihnen zustehende gesetzliche Erbrecht nicht mehr haben können, folgt daraus, daß der Concubinat gegenwärtig ein unbedingt verbotenes Verhältniß ist, welches zwar, wie jedes Verbrechen, factisch noch vorkommen, aber auf keinen Fall die Rechte, die nur aus Rücksicht auf die gesetzliche Gestattung desselben einge-

Concubinat für ein Verbrechen oder ein Vergehen erklärt worden, über dessen Thatbestand und Strafe Folgendes zu bemerken ist.

Seit bei den Katholiken durch das tridentinische Concil [18]), und bei den Protestanten durch die verschiedenen Particularrechte [19]) die Beobachtung einer bestimmten Form als wesentliches Erforderniß für die Giltigkeit der Ehe aufgestellt wurde, so daß der Begriff und das Dasein der Ehe von der Beobachtung dieser Form abhängig ist, kann der Unterschied zwischen Concubinat und Ehe nicht mehr in der Absicht der Parteien, je nachdem nämlich ihrer Verbindung die affectio maritalis zu Grunde lag oder nicht, sondern nur noch in der Beobachtung oder Nichtbeobachtung dieser Form gefunden werden. Keine Verbindung kann mehr für eine eheliche gelten, bei deren Eingehung diese Form nicht beobachtet war, wenn auch vielleicht die Absicht beider Parteien dahin ging, sich gegenseitig wie Eheleute zu halten, sowie umgekehrt jede Verbindung für eine eheliche angesehen werden muß, bei deren Eingehung diese Form beobachtet war, wenn auch vielleicht die affectio maritalis nicht vollständig vorhanden sein mochte [20]). Daher muß, da das Wesen des Concubinates von jeher darin bestanden hat, daß beide Parteien in geschlechtlicher Beziehung wie Mann und Frau mit einander leben, ohne wirkliche Eheleute zu sein, jede zu diesem Zwecke eingegangene Verbindung, bei welcher die zur Ehe nothwendige Form nicht beobachtet war, für Concubinat angesehen werden, wobei selbst die sogenannte Gewissensehe (matrimonium conscientiae), welche nach der Absicht beider Parteien eine eheliche sein sollte, keine Ausnahme begründen kann [21]). Umgekehrt kann aber die sogenannte Ehe zur linken Hand oder die morganatische Ehe, bei welcher es an der affectio maritalis insofern mangelt, als der Mann dabei nicht die Absicht hat, der Frau die Rechte einer wirklichen Ehefrau zu verleihen, nicht für Concubinat gehalten werden [22]), da es zu dem Begriffe derselben gehört, daß sie unter Beobachtung der ehelichen Form eingegangen werde.

---

räumt waren, mehr begründen kann. Gerichtsgebrauch und Particularrechte weichen indessen häufig ab, indem sie das Erbrecht der Concubinenkinder auch auf andere außereheliche Kinder ausdehnen. Z. B. preußisches Landrecht, Th. II, Tit. 2, §. 652 flg. Vgl. überhaupt hierüber Runde, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, §. 686, und Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, 5. Ausgabe, §. 435.

18) Concil. Trident. sess. XXIV. de reform. matrim. c. 1.

19) Schott, Einleitung in das Eherecht, §. 162. Schnaubert, Kirchenrecht der Protestanten, §. 248 flg.

20) Denn auch die Ehe, welche wegen eines entgegenstehenden dirimirenden Ehehindernisses nichtig ist, besteht, so lange sie nicht aufgehoben wird, der Form nach als eheliche und nicht als außereheliche Verbindung. Daher macht sich auch der Theil, dem das Ehehinderniß bekannt war, nicht des Concubinates, sondern eines Bruches des Eheverbotes schuldig, der Incest, Bigamie oder ein anderes Verbrechen sein kann. Anderer Meinung ist Wächter, Abhandlungen, S. 181, Note 44.

21) Wächter a. a. O. und Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes, §. 236, Note 71.

22) Wie Feuerbach, Lehrbuch §. 457, meint. Vergl. dagegen Wächter, Abhandlungen a. a. O.

Die zur Ehe wesentliche Form besteht aber bei den Katholiken gemeinrechtlich darin, daß beide Parteien ihre Absicht, einander zu heurathen, vor dem competenten Pfarrer und zwei Zeugen erklären [23]), und bei den Protestanten nach Uebereinstimmung aller Particularrechte in der priesterlichen Einsegnung [24]). Darnach ergibt sich nach dem Bisherigen von selbst, welche geschlechtliche Verbindung als Concubinat angesehen werden könne. Der Concubinat unterscheidet sich von der bloßen Schwächung (stuprum in sensu stricto) und der Hurerei (fornicatio) dadurch, daß er als fortdauerndes Verhältniß eingegangen wird, in welchem die Parteien in regelmäßiger Weise, ähnlich wie Mann und Frau, den Beischlaf mit einander ausüben wollen. Daß beide Theile in einem Hause zusammen wohnen, kommt zwar dabei häufig vor, ist aber zum Begriffe des Concubinates nicht schlechterdings erforderlich, indem es nur darauf ankommt, daß die Verbindung zum Zwecke fortdauernder und regelmäßiger Geschlechtsvereinigung, wie sie zwischen Mann und Frau stattfindet, eingegangen war. Auf der anderen Seite ist aber eine gewisse Gemeinsamkeit der Wohnung und Wirthschaft zum Thatbestande des Concubinates insoweit erforderlich, als ohne dieselbe die Verbindung zur fortdauernden und regelmäßigen Geschlechtsvereinigung nicht bestehen kann. Denn ohne eine solche gemeinsame Wohnung und Wirthschaft würden zwar beide Theile einzelne Acte des Beischlafes mit einander vollziehen, aber nicht in einem solchen Verhältnisse, welches dem zwischen Mann und Frau bestehenden ähnlich wäre, zu einander stehen können. Darum ist es zwar Concubinat, wenn der eine Theil eine Wohnung für sich hat und daneben dem anderen Theile eine Wohnung unterhält, in welcher er gleichfalls wie zu Hause ist, oder wenn beide Theile, ohne eine bestimmte Wohnung zu haben, mit einander gehen und ihren Aufenthalt zusammen bald hier, bald dort nehmen [25]); allein dagegen kann nicht vom Concubinate, sondern nur von Hurerei die Rede sein, wenn beide Theile zwar entweder ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen sind, für die Zukunft Beischlafsacte mit einander vornehmen zu wollen, ohne jedoch durch die angedeutete Gemeinsamkeit der Wohnung und Wirthschaft ihr Verhältniß zu einem regelmäßigen, der zwischen Mann und Frau bestehenden Geschlechtsverbindung ähnlichen gemacht zu haben [26]).

---

23) Concil. Trident. l. c. Particularrechtlich, z. B. in Sachsen und Württemberg, ist aber auch bei den Katholiken priesterliche Einsegnung als nothwendige Form vorgeschrieben.

24) Schott und Schnaubert a. a. O.

25) Die erwähnten Reichspolizeiordnungen beschreiben zwar den Concubinat mit den Worten: Dieweil auch viel leichtfertige Personen außerhalb von Gott aufgesetzter Ehe zusammen wohnen. Allein unter diesem Ausdrucke kann auch die Gemeinsamkeit der Wohnung, wie sie im Texte angedeutet ist, füglich mit begriffen werden.

26) Daher fassen wohl die Entwürfe des Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern von 1822, Art. 313, und von 1827, Art. 199, den Begriff etwas zu eng, wenn sie den Thatbestand dahin angeben, daß beide Theile in außerehelicher Verbindung als Mann und Frau in einem Hause zusammen wohnen.

Der Concubinat würde jeden Falls als außereheliche Geschlechtsverbindung und als einfaches Fleischesvergehen strafbar sein, wenn er nicht durch die erwähnten Reichsgesetze als ein besonderes Verbrechen hervorgehoben wäre. Der Grund dieser Auszeichnung liegt gerade darin, daß die im Concubinate lebenden Personen, indem sie wie Eheleute leben und wirthschaften und sich in den Genuß der wichtigsten ehelichen Rechte versetzen, ohne wirklich Eheleute zu sein, und die rechtlichen Pflichten derselben auf sich zu haben, die Gesetze, nach welchen die Ehen bestehen, verletzen, und dadurch diese selbst in ihrer Würde und Heiligkeit herunterseţen. Der Concubinat ist daher im höheren Grade strafbar, als ein einfaches Fleischesvergehen; aber nicht, wie gewöhnlich gelehrt wird[27]), weil er eine Verbindung zu fortgesetztem Stuprum enthält, sondern weil in ihm ein Angriff gegen die Würde der Ehe liegt, deren Rechte nur wirklichen Eheleuten zustehen sollen[28]). Die Strafe des Concubinates ist eine arbiträre, und wird nach der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Praxis eine sechs- bis achtwöchentliche Gefängnißstrafe nirgends übersteigen. Da der Concubinat unter die Classe der Fleischesvergehen gehört, so tritt auch bei ihm die für diese Verbrechen bestimmte außergewöhnliche Verjährungsfrist ein[29]). — In den neueren Strafgesetzbüchern ist der Concubinat, insofern durch ihn nicht ein anderes Verbrechen, z. B. Ehebruch oder Incest, begangen wird, mit Stillschweigen übergangen, und insofern straflos. Darum ist aber derselbe noch nicht ohne Weiteres für eine erlaubte Verbindung zu betrachten. Vielmehr läßt sich, so lange überhaupt die Ehe als die einzig rechtmäßige Verbindung der Geschlechter angesehen wird, der Polizei nirgends das Recht absprechen, dafür Sorge zu tragen, daß die im Concubinate lebenden Personen auseinander gethan werden. Der Befehl, den Concubinat aufzuheben, kann dabei natürlich unter Androhung von Strafmitteln ausgesprochen werden, welche alsdann auch gegen den Widerspenstigen in Anwendung gebracht werden dürfen, aber nicht als Strafe des Concubinates, sondern als Strafe des Ungehorsams gegen polizeiliche Verfügungen[30]).

Luden.

Concurs[1]). Mehreren wichtigen Lehren des Concursrechtes sind eigene Artikel im Rechtslexikon gewidmet; man wird daher hier nur das

---

Aber auf der anderen Seite fassen ihn unsere Criminalisten viel zu weit, wenn sie jede zu fortgesetztem außerehelichen Beischlafe eingegangene Verbindung für Concubinat erklären.

27) Z. B. von Wächter, in den angeführten Abhandlungen, S. 181, und von Martin, Lehrbuch, §. 276.

28) Als bloßes Stuprum betrachtet würde der Concubinat jedenfalls gelindere Strafe verdienen, da er ein geordneteres und minder ausschweifendes Verhältniß ist, als andere außereheliche Hurerei. Daher erklärt Tittmann, §. 574, den Concubinat auf keinen Fall für strafbarer, und unter Umständen sogar für minder strafbar als Stuprum.

29) Vgl. darüber Wächter, Lehrbuch, §. 126, Note 11.

30) Wächter, Abhandlungen, S. 379.

1) Literatur: Salgado de Somoza Labyrinthus creditorum concurrentium. Francf. a. M. 1653. — Brunnemann praelectiones de

Allgemeine dieser Lehre zusammenstellen und hinsichtlich des Specielleren auf jene besonderen Artikel verweisen.

Der Concurs (auch Bankerott, Creditwesen, Crida, Gant genannt) ist im Allgemeinen als derjenige Zustand eines Schuldners zu bezeichnen, wo das Vermögen desselben nicht mehr hinreicht, um seine Gläubiger voll zu befriedigen — mit anderen Worten, wo er insolvent ist. Man nennt diesen Zustand formellen Concurs, wenn auf den Grund der Insolvenz des Schuldners dessen Vermögen seinen Gläubigern überlassen wird, um unter Aufsicht und Mitwirkung des competenten Gerichtes nach gewissen Regeln in Geld verwandelt und zu ihrer Befriedigung verwendet zu werden. Das rechtliche Verfahren, wodurch dieß geschieht, heißt der Concursprozeß. — Die bloße Insolvenz einer Person, zu deren Vermögen der Concursprozeß noch nicht eröffnet, die also noch zur Zeit nicht in formellem Concurse befangen ist, wird materieller Concurs genannt [2]). Man spricht auch bisweilen von einem concursus imminens, und versteht darunter bald den bloßen Zustand des Zweifels, ob Jemand solvent oder insolvent sei, bald auch den materiellen Concurs selbst, insofern von den Gläubigern bereits Maßregeln getroffen worden sind, um die Eröffnung des Concursprozesses herbeizuführen. — Das Wort „Concurs" wird oft auch statt „Concursprozeß" gebraucht; ingleichen bezeichnet man bisweilen damit die Gemeinschaft der Concursgläubiger. Den Römern war der ganze Ausdruck fremd und ist dem concursus plurium in pignore nachgebildet. — Streitig ist die Frage, ob es zum Begriffe des Concurses gehöre, daß der Schuldner mehrere Gläubiger habe. Wenigstens bei den Römern galt dieß keineswegs als eine wesentliche Bedingung zur Eröffnung des Concursverfahrens. Allein

---

processu concursus creditorum, cum notis Strykii. Frcf. ad Viadr. 1742. — Jac. Friedr. Ludovici, Einleitung in den Concursprozeß, mit Anm. von Schlitte. Halle 1740. — Klaproth, Einleitung in die summarischen Prozesse. Gött. 1808. Abschn. 4. — Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1792—1795, 2. Ausg. Halle 1801. — Schweppe, System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812, 2. Ausg. 1824, 3. Ausg. Gött. 1829. — Kori, System des Concursprozesses. Leipzig 1807, 2. Ausg. 1828. — Karl Friedr. Reinhardt, Lehre vom Gant und Gantverfahren nach römischem, gemeinem und württemberg. Rechte. Stuttg. 1819. — Gönner, Handbuch des Prozesses, Bd. 4, N. 82. — Mittermaier, der gemeine teutsche bürgerl. Prozeß, Bd. 3, S. 170 flg. — Scholz, über das Concursrecht. Schleswig 1822. — Heffter, Institutionen des röm. und teutschen Civilprozesses (Bonn 1825) Bd. 6, Tit. II, S. 560 flg. — Puchta, über den Concursprozeß. Erlangen 1827. — Savigny, Abhandlung über das altröm. Schuldrecht. Berlin 1834. — Martin, Lehrb. des teutschen gemeinen bürgerl. Prozesses (11. Ausg. Heidelberg 1834), §. 321 (312), §. 336 (325), S. 562—595. — Bayer, Theorie des Concursprozesses. München 1836. — Mackeldey, Lehrbuch des heutigen röm. Rechtes, 11. Ausg. von Roßhirt (Gießen 1838) §. 485—489, 1, S. 385—400.

2) Viele neuere Rechtslehrer, z. B. Schweppe §. 27, wollen die Eintheilung des Concurses in materiellen und formellen gänzlich verworfen wissen. Indessen ist es doch nicht zu leugnen, daß der sogenannte materielle Concurs, oder der Zustand der Insolvenz, bereits eigenthümliche Rechtswirkungen hat, und man sieht also nicht ein, warum er auch nicht mit einem besonderen Namen bezeichnet werden dürfe.

das gemeine teutsche Recht, welches, wie sich später zeigen wird, überhaupt in Beziehung auf den Concurs von ganz anderen Grundansichten als das römische ausgeht, scheint die Mehrzahl der Gläubiger als ein unumgänglich nothwendiges Erforderniß des Concursprozesses vorauszusetzen, obgleich einzelne Eigenthümlichkeiten des Concursrechtes auch schon dann stattfinden können, wenn der insolvente Schuldner nur einen einzigen Gläubiger hat. Die Particularrechte stimmen mit diesen Ansichten größtentheils überein. Jedenfalls aber muß bei uns Insolvenz da sein, wenn vom Concurs die Rede sein soll. Bei den Römern konnte die bonorum venditio aber auch in Beziehung auf die Güter einer Solventen vorkommen.

Die Lehre vom Concurse der Gläubiger zerfällt in zwei Haupttheile. Der erste enthält das Concursrecht, d. i. das System der Sätze des materiellen Rechtes, welche bei der Regulirung eines Concurses zur Anwendung kommen. Diese Sätze beziehen sich theils auf die gegenseitigen Verhältnisse zwischen den Gläubigern und dem Schuldner in Hinsicht auf das Vermögen des Letzteren, wobei auch die Rechte und Verbindlichkeiten dritter Personen mit in Frage kommen, theils auf die Ordnung der Gläubiger oder ihre Verhältnisse unter sich. Der zweite Theil enthält den Concursprozeß, d. i. das System der auf den Concurs bezüglichen Sätze des formellen Rechtes, oder die Lehre von den Formen, in welchen bei der zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger eines insolventen Schuldners vorzunehmenden gerichtlichen Regulirung seiner Vermögensangelegenheiten zu verfahren ist. — Die wichtigsten Quellen, sowohl des eigentlichen Concursrechtes als des Concursprozeßrechtes sind: Dig. XLII. 3—8; Cod. VII. 71—75; Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. 23; Reichsabschied von 1654, §. 165 u. 712; Entwurf des Reichsschlusses von 1671. — Indessen sind die Bestimmungen der römischen Rechtsbücher selbst in Bezug auf eigentliches Concursrecht nur mit großer Vorsicht anzuwenden, weil die Grundlage des teutschen Concurses von der des römischen wesentlich verschieden ist. Dagegen ist in diesem Rechtstheile mehr als in vielen anderen ein, hier in der That wohl auf Rechtsansichten der ganzen teutschen Nation gegründetes Gewohnheitsrecht eine hauptsächlich wichtige Entscheidungsnorm.

Das, was man concursus imminens nennt (insofern man nämlich hierunter noch etwas Anderes als den concursus materialis versteht), entbehrt eigentlich aller speciellen Rechtswirkungen, — man müßte denn das dahin rechnen, daß die Gläubiger bei nicht ganz unerheblichen Zweifeln über die Solvenz ihres Schuldners gewisse Sicherheitsmaßregeln zu ergreifen berechtigt sind, deren nähere Betrachtung aber wenigstens nicht in die Lehre vom Concurse gehört. Die rechtlichen Wirkungen des materiellen Concurses beschränken sich darauf, daß unter gewissen Umständen die von dem Gemeinschuldner während seiner Insolvenz vorgenommenen, seinen Gläubigern zum Nachtheil gereichenden Geschäfte durch die actio Paulliana rescindirt werden können. Ueber diese Klage selbst s. den sie betreffenden Artikel Bd. I, S. 82. Dem,

was dort gesagt ist, fügt man nur noch Folgendes hinzu: Die actio Paulliana wird meistens für eine besonders modificirte restitutio ex capite doli gehalten (L. 7. D. de in integrum restit. 4. 1. L. 10. §. 22. D. quae in fraudem creditorum 42. 8.)[3]). — Ihr Wesen beruht nach römischem Rechte auf folgenden Sätzen. In der Regel sind alle Handlungen des Gemeinschuldners, welche derselbe während der Insolvenz in Bezug auf sein Vermögen vornimmt, an und für sich giltig, und selbst das, was der Schuldner post bona possessa, jedoch noch vor dem wirklichen Verkauf der Güter, über dieselben verfügt, ist ipso iure rechtsbeständig. Es ist ein Irrthum, wenn man annimmt, daß schon bei den Römern eine post bona possessa statt gehabte Disposition des Schuldners ipso iure nichtig gewesen sei. Dieß ist allerdings nach heutigem Concursrechte der Fall, aber nicht nach dem Rechte der Pandekten und des Codex. Bei den Römern blieb der Schuldner Eigenthümer seiner Sachen, auch Inhaber der ihm zuständigen Forderungsrechte noch während des Concursverfahrens und so lange, bis die Sachen verkauft oder die Außenstände eingezogen waren. Auch war er keineswegs bonis interdictus, wie man ebenfalls hin und wieder ohne allen Grund behauptet hat. Völlig consequent also erscheint es, wenn man des Schuldners Verfügungen über sein Vermögen ipso iure für rechtsbeständig achtet. Es konnten aber dieselben unter gewissen Umständen und Voraussetzungen rescindirt werden, und hierzu diente, je nach Umständen, bald die actio, bald die exceptio (oder auch replica) Paulliana. Die erstere heißt in den Quellen in der Regel actio in factum[4]). Ihr zur Seite stand das interdictum fraudatorium, von dessen Natur und Gebrauche wir wenig wissen, und was in der heutigen Praxis gar nicht mehr zur Anwendung kommt. Damit man von diesen Rechtsmitteln Gebrauch machen könne, müssen nach römischem Rechte folgende Erfordernisse zusammentreffen. A) Auf Seiten des Schuldners muß vorhanden sein 1) der Zustand der Insolvenz, sei es, daß dieselbe schon vorhanden war, oder daß sie durch das zu rescindirende Geschäft erst bewirkt wurde; 2) ein Rechtsgeschäft, wodurch der Schuldner eine seinen Gläubigern nachtheilige Veränderung seines Vermögenszustandes herbeiführt; 3) ein dolus desselben, dessen Hauptbestandtheil in dem Bewußtsein zu suchen ist, daß jener für die Gläubiger nachtheilige Erfolg durch die Handlung werde herbeigeführt werden. — B) Seiten dessen, mit welchem der Schuldner

---

3) Kori, System des Concursprozesses, Buch I, §. 40, und unter den Aelteren: Vinnii comment. ad institut. ad §. 6. I. de action. — Ulr. Huberi praelect. iur. civ. tit. I. ad §. 6. I. de action. — Walch in not. ad Hoppii comment. ad institut. tit. de action. §. 6. Haenlein, de actione Paull. Onoldi 1785. Bestritten ist diese Ansicht von A. W. von Schröter in Linde, Marezoll und von Schröter Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. VI, Heft 1, S. 131 flg. Vgl. Frege, meditation. de actione Paulliana spec. II. §. 12.

4) Nur einmal, nämlich in L. 38. §. 4. D. de usuris (22. 1.), kommt der Ausdruck actio Paulliana vor.

contrahirt hat, muß in der Regel ebenfalls dolus stattgefunden haben, wenn die Gläubiger zur Paulliana berechtigt sein sollen. Doch gibt es auch einige Fälle, wo sie begründet ist, ohne daß dem Beklagten ein dolus beigemessen werden kann. Ad A. 1. War der Schuldner noch solvent, als er das fragliche Geschäft vollzog, und ist er auch durch dasselbe nicht insolvent geworden, so fällt die actio Paulliana nothwendig hinweg. Daß er aber solvent gewesen sei, wird bis zum Beweise des Gegentheiles präsumirt, so lange das Concursverfahren noch nicht eröffnet ist. Von diesem Augenblicke an aber — also bei den Römern von dem Augenblicke der missio in bona — tritt die entgegengesetzte Rechtsvermuthung ein. Wollen also die Gläubiger eine vor der missio in bona erfolgte Handlung des Schuldners anfechten, so müssen sie beweisen, daß er schon damals, als die Handlung vor sich ging, insolvent war. Dieser Beweis kann zwar dadurch sehr erleichtert werden, daß die zu rescindirende Handlung eine sehr kurze Zeit vor dem Beginn des wirklichen Concursverfahrens stattgehabt hat; es ist aber gänzlich unzulässig, die Regel: mutatio non praesumitur, die nur auf Rechtsverhältnisse anwendbar ist und nichts weiter besagt, als daß ein einmal begründetes Rechtsverhältniß so lange fortdauere, bis ein Erlöschungsgrund nachgewiesen werde, auf den factischen Zustand der Solvenz oder Insolvenz anzuwenden, und etwa so zu schließen: weil der Schuldner am 31. December 1839 insolvent gewesen ist, so muß vermuthet werden, daß auch am 31. Dec. 1838 seine Schulden größer als sein Vermögen gewesen sind. — Ad A. 2. Nicht jedes Geschäft, was ein auch materiell insolventer Schuldner unternimmt, kann rescindirt werden, sondern nur ein solches, wodurch der im Augenblicke des Geschäfts vorhandene Vermögenszustand des Schuldners auf eine für die Gläubiger nachtheilige Weise verändert wird, also wo sein schon erworbenes Vermögen verringert wird. Hier ist zuvörderst ausgeschlossen: jede Unterlassung einer positiven Thätigkeit, durch welche der Schuldner sein Vermögen hätte vermehren können — also namentlich jede Weigerung, eine ihm angefallene Erbschaft anzutreten [5]). Ja selbst positive Handlungen, durch welche der Schuldner blos einen Gewinn ablehnt, nicht aber eine wirkliche Verminderung des Vermögensbestandes herbeiführt, können nicht rescindirt werden, z. B. wenn Jemand eine Erbschaft zu restituiren hatte, bei der er die Falcidische oder Trebellianische Quart hätte abziehen können und dieß nicht gethan hat [6]). — Nur der Fiscus hatte in diesem Falle gewisse, jetzt wohl kaum mehr für praktisch zu achtende Vortheile [7]). Dagegen ist die Paulliana mit Rechtswirkung zu erheben in allen Fällen, wo eine directe Minderung des schon erworbenen

---

5) L. 6. pr. u. §. 1—4. D. quae in fraudem credit. (42. 8.) L. 134. D. de reg. iur. — Wenn in einigen Ländern, z. B. in Sachsen, das Gegentheil gilt, so beruht dieß nur auf speciellen Landesgesetzen. Decis. Elector. Sax. 25. v. J. 1746. Curtius, Handbuch des sächs. Rechtes, 3. Ausg. (von Hänsel) Th. II, §. 588.

6) L. 19. 20. D. quae in fraudem credit.

7) L. 18. §. 10. L. 21. L. 45. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

Vermögens oder doch Beschränkung der Gläubiger in der Verwendung zu ihrer Befriedigung stattgehabt hat [8]), selbst wenn die Verminderung nur durch eine Unterlassung, z. B. unterlassene Unterbrechung einer Verjährung, oder durch Nichtausübung einer Servitut, herbeigeführt worden wäre, oder überhaupt in Verzichtleistung auf ein Gut bestünde, das der Schuldner schon besaß. Wesentlich ist es übrigens, daß durch das Thun oder Lassen des Schuldners ein Nachtheil für die Gläubiger wirklich eingetreten sei. Denn ist dieß nicht geschehen, so kann auch von der Paulliana nicht die Rede sein. Besonders zweifelhaft ist in dieser Beziehung die Frage: ob es für eine Benachtheiligung der Gläubiger zu halten sei, wenn der Schuldner eine rechtmäßige Forderung eines einzelnen Gläubigers befriedigt, d. i. sie entweder bezahlt oder durch eine datio in solutum abmacht oder ein Pfand dafür bestellt, und somit bewirkt, daß die übrigen Gläubiger geringere Procente bekommen, als sie außerdem bekommen haben würden [9]). Die dießfalls geltenden Grundsätze können jedoch erst weiter unten zur Erörterung kommen. — Ad A. 3. Das Haupterforderniß zur Anstellung der Pauliana ist der dolus des Schuldners. Darunter ist aber nicht etwa blos die boshafte Absicht zu verstehen, den Gläubigern den Schmerz eines Verlustes bereiten zu wollen, sondern es genügt, daß der Schuldner mit Freiheit, d. h. theils nicht in einem factischen Irrthume befangen, theils ohne eine dringende rechtliche oder factische Nothwendigkeit, auch ohne Genehmigung der Gläubiger — die natürlich sofort jeden Gedanken an dolus aufheben würde — und mit dem Bewußtsein, daß den Gläubigern daraus ein Nachtheil erwachsen werde, gehandelt hat. Wo also eine solche Handlungsweise nicht vorhanden war, z. B. wenn der Schuldner in einem Irrthume befangen etwas indebite zahlte, oder wenn er in einer entschuldbaren Nachlässigkeit (ob culpa lata hier dem dolus gleich geachtet werden müsse, ist zweifelhaft) ein Recht zu wahren unterließ und dieß dadurch verlor, so haben auch seine Gläubiger wenigstens nicht die actio Paulliana gegen den, welcher dadurch gewonnen hat, sondern entweder gar keine Klage, oder doch nur die, welche der Schuldner selbst noch übrig gehabt haben würde, also z. B. condictionem indebiti. Ad B. Mit dem dolus des Schuldners muß in der Regel auch der dolus desjenigen zusammentreffen, der von dem Schuldner erwarb. Ist dieser dolus vorhanden, so ist er selbst dann wirksam, wenn der Erwerber eine Person war, welche der Zurechnung desselben unfähig ist [10]). Um jedoch einen dolus des Erwerbers anzunehmen, reicht es nicht zu, daß derselbe blos die Ueberzeugung gehabt hat, es würden die übrigen Gläubiger etwas von dem Ihrigen verlieren, wenn er ein gewisses Geschäft mit dem Gemeinschuldner macht, sondern er muß die directe Absicht gehabt haben, entweder selbst

---

8) L. 1—5. D. quae in fraudem credit.

9) Franke, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XVI, N. V u. X. — Laspeyres, ebendas. Bd. XXI, N. II.

10) L. 6. D. §. 10. quae in fraudem credit.

auf Kosten Jener einen Vortheil zu erlangen, auf den er keinen Rechtsanspruch hatte, oder den Gemeinschuldner bei der Erlangung eines solchen rechtswidrigen Gewinnes zu unterstützen, oder endlich geradezu den Gläubigern einen Nachtheil zuzufügen, gesetzt auch, daß weder er noch der Schuldner dabei irgend einen pecuniären Gewinn gehabt hätte. So würde z. B. nicht nur derjenige als ein betrügerisch Handelnder mit der Paulliana in Anspruch genommen werden können, der von einem Dritten, dessen Insolvenz er kennt, eine Sache unter dem wahren Werthe kauft, um dadurch einen unrechtmäßigen Vortheil zu ziehen, sondern auch derjenige, der die Sache mit einem, dem Werthe derselben angemessenen Preise bezahlt, aber in der Absicht, dem Schuldner in dem baaren Gelde einen Gegenstand zu verschaffen, den er seinen Gläubigern leichter entziehen kann, als die verkaufte Sache. — Uebrigens wird der dolus des Mitcontrahenten präsumirt: 1) wenn er wissend, daß bereits bona possessa waren, mit dem Insolventen contrahirte, oder auch nur eine den übrigen Gläubigern nachtheilige Leistung von ihm annahm, selbst wenn er schon einen früheren Rechtsanspruch auf dieselbe gehabt hätte [11]). 2) Wenn er mit dem Insolventen, selbst ehe die missio in dessen Güter erfolgt war, aber nachdem er (der solvente Mitcontrahent) von anderen Gläubigern eine bezeugte Warnung erhalten hatte (si testato conventus erat) ein Geschäft vollzog, — hier jedoch nur, wenn er keinen früheren Rechtsanspruch auf die Leistung des Insolventen hatte [12]). — Doch auch selbst dann, wenn derjenige, der mit einem Insolventen ein für die Gläubiger des Letzteren nachtheiliges Geschäft machte, frei von dem Vorwurfe des Betruges ist, wird dennoch das Geschäft durch die Paulliana rescindirt werden können: 1) wenn eine (mit einer Verminderung des Vermögens des Schuldners verbundene) Bereicherung oder Verbesserung des Vermögenszustandes des Mitcontrahenten stattfand, auf welche er kein ius quaesitum hatte [13]). Man nennt dieß gewöhnlich, wiewohl nicht ganz genau: Erwerb titulo gratuito oder lucrativo. Der von dolus freie Erwerber ist jedoch hier nur in quantum locupletior factus est gehalten. 2) Der Fiscus hat das Vorrecht, daß er selbst bei einem negotium onerosum auch gegen denjenigen, der keine Wissenschaft von der betrügerischen Absicht des Schuldners hatte, sondern bona fide mit demselben ein Geschäft einging, wodurch der Fiscus verletzt wurde, auf Rescission des Verhandelten klagen kann [14]). — Daß die hypothekarischen Gläubiger, insofern sie das Ihrige nicht bekommen, die Paullianische Klage auch gegen denjenigen, der bona fide gehandelt hat, anstellen könnten, wie hin und wieder behauptet worden ist, läßt sich aus den Gesetzen nicht beweisen, und die gewöhnlich dafür angeführten Gründe beweisen nur, daß ihnen durch

---

11) L. 6. §. 7. L. 9. L. 24. D. quae in fraudem credit.
12) L. 10. §. 3. D. eod.
13) L. 6. §. 8 u. 11. L. 10. §. ult. L. 11. D. quae in fraudem credit. L. 5. C. eod.
14) L. 18. §. 10. D. de iure fisci. L. 5. C. de privilegio fisci. (7. 93.) (Die heutige Anwendbarkeit ist wenigstens zweifelhaft.)

Handlungen des Schuldners ihr Pfandrecht nicht entzogen oder geschmälert werden konnte[15]).

Vielfach bestritten ist die Frage: ob in Bezug auf Zahlungen, Pfänderbestellungen und dationes in solutum, welche nach schon eingetretener materieller Insolvenz von einem Schuldner vorgenommen werden, die Paulliana unter denselben Bedingungen wie bei anderen Geschäften stattfinde, oder ob dann andere Grundsätze gelten. Es ist aber kein Grund vorhanden, bei Zahlungen u. s. w. eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen anzunehmen[16]). Mithin gelten folgende Regeln: 1) Wer eine rechtmäßige und zugleich bereits wirklich klagbare Forderung hat, der kann, selbst wenn er weiß, daß der Schuldner völlig insolvent ist, dennoch, so lange noch nicht des Letzteren bona possessa sind, sowohl Zahlung als Pfandbestellung annehmen oder auch eine Sache sich an Zahlungsstatt geben lassen, ohne die Paulliana fürchten zu dürfen[17]). 2) Dagegen hat diese Klage statt: a) wenn der Gläubiger selbst ante bona possessa für eine noch nicht gefällige, sondern erst an einem künftigen Tage oder nach Eintritt einer Bedingung u. s. w. zahlbare Schuld, oder b) sogar für eine schon gefällige Schuld, aber post bona possessa, Zahlung, Pfandbestellung oder datio in solutum annahm, dafern er nur den insolventen Zustand des Schuldners kannte. Wußte er aber von der Insolvenz nichts, und hatte er auch sonst keinen wissentlichen Antheil an der Unrechtmäßigkeit des zahlenden Schuldners genommen, so ist auch in diesen Fällen kein Gebrauch von der Paullianischen Klage gegen ihn zu machen[18]). Auch findet sie in dem

---

15) L. 16. §. 3. D. de pign. L. 20. L. 98. D. de solut. (46. 5.) L. 3. D. quod cum eo, qui in aliena pot. (14. 5.) L. 10. L. 52. §. 1. D. de pecul. (15. 1.) L. 22. §. 6. C. de iure deliberandi. (28. 8.)

16) Franke, über die Zulässigkeit der actio Paulliana bei Zahlungen, Pfandbestellungen, Hingabe an Zahlungsstatt, im Archiv für civil. Praxis, Bd. XVI, Nr. V u. X. — Laspeyres, über Anfechtungen von Zahlungen mit der actio Paulliana, ebendas. Bd. XXI, S. 35 flg.

17) L. 6. §. 6. D. quae in fraud. credit. L. 24. verba: quid ergo. — Franke a. a. O. und Andere haben diesen Satz in Bezug auf die Pfandbestellung und datio in solutum bezweifelt; allein wenigstens dann, wenn beide wegen einer bereits klagbaren Schuld und ante bona possessa stattgehabt haben, scheint hierzu kein hinlänglicher Grund vorhanden zu sein.

18) L. 6. §. 7. 8. L. 10. §. 12. eod. — Nach heutigem teutschen Rechte jedoch ist die post bona possessa (nach Eröffnung des Concurses) geschehene Zahlung nicht blos widerruflich, sondern alsdann ipso iure nichtig, wenn sie aus der Vermögensmasse geleistet worden ist, die der Schuldner im Momente des Concursausbruches besaß. Der weiter unten näher zu betrachtende Grund ist, daß nach dem teutschen Rechte nicht mehr der Schuldner, sondern die Gläubigerschaft als Eigenthümer der Concursmasse angesehen wird. Eben wegen jener Nichtigkeit bedarf es in solchem Falle keiner Rescission, also auch keiner actio Paulliana, sondern die Gläubigerschaft kann unmittelbar die Schuldklage gegen den Schuldner des Gemeinschuldners erheben und dieser kann, auch wenn er von allem dolus frei ist, sich nicht mit der exceptio solutionis schützen, weil diese solutio durch die replica nullitatis entkräftet wird. In gleicher Maße sind auch andere Geschäfte des Gemeinschuldners, z. B. Verkäufe, die post bona possessa vollzogen werden, nach heutigem Rechte nichtig,

Falle sub a nicht statt, wenn die Schuld noch vor der missio in bona klagbar geworden ist[19]). Gewöhnlich behauptet man zwar, daß bei der bloßen früheren Zahlung einer erst später klagbar werdenden Schuld eine Rückforderung mittelst der Paulliana gar nicht zulässig, sondern der bezahlte Gläubiger nur zur Vergütung des interusurium verpflichtet sei. Dieß beruht jedoch auf einer irrigen Auslegung von L. 10. §. 12. D. quae in fraud. credit., und die Worte dieser Gesetzstelle: Quod sensi commodum in repraesentatione, bezeichnen nicht das interusurium, sondern den Inbegriff aller unrechtmäßigen Vortheile, welche der Empfänger der Schuld durch die frühere Zahlung gehabt hat[20]). Ebenso nimmt man bisweilen mit Bezug auf L. 24. D. quae in fraudem credit. an, daß der Gläubiger, der eine fällige Forderung hatte, selbst dann nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn er die Zahlung (ante bona possessa) dem Schuldner mit Gewalt abnahm, was allerdings mit dem decretum D. Marci, besonders wie es in L. 13. D. quod metus causa von Kallistratus aufgeführt ist, schwer vereinbar scheint. Daher wird wohl richtiger angenommen, daß bei Anwendung von Privatgewalt das ius crediti des Gläubigers erlösche, und daß L. 24. quae in fraudem credit. entweder früheres Recht enthalte, oder daß sich die dort zu lesenden Worte: Illi extorserim invito, nicht auf Privatgewalt, sondern auf gesuchte und erlangte richterliche Hilfe beziehen[21]). Andrerseits hat man den Fällen, wo die actio Paulliana gegen den Gläubiger stattfinden soll, eine Ausdehnung geben wollen, die in den Quellen keine Begründung findet. Man hat nämlich in Beziehung auf zwei Stellen der Pandekten (L. 6. §. 1. 2. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis (42. 8.), und L. 24. D. quae in fraudem credit.: Pupillus patri — expensum ferre debeant) den Satz aufgestellt, daß eine Zahlung, selbst wenn die Schuld gefällig gewesen und die Zahlung ante bona possessa geleistet worden sei, dennoch mit der Paullianischen Klage alsdann revocirt werden könne, wenn gleichzeitig mehrere Gläubiger ihre Bezahlung vom Schuldner verlangt hätten, und dieser nur Einem von ihnen, um ihn zu begünstigen, sein Geld gegeben hätte (sogenannte Gratificationstheorie). In diesem Falle soll es nämlich, allen sonstigen Grundsätzen zuwider, zur Revocation einer solchen Zahlung nicht erforderlich sein, daß der Empfänger auf irgend eine Weise doli particeps gewesen sei[22]). Allein jene Gesetze sprechen von einem wesentlich verschiedenen Falle, nämlich von dem, wenn der Vormund eines Unmündigen, welcher heres suus seines Vaters ist, an einen Gläubiger des Vaters eine Zahlung gemacht hat, der Unmündige aber, nachdem dieß geschehen, von der väterlichen

---

und die verkaufte und übergebene Sache wird dem Empfänger mit der rei vindicatio abgefordert.

19) L. 10. §. 23. eod.

20) Franke u. Laspeyres a. a. O.

21) Gottschalk disceptat. for. tom. I. cap. XXXVI. p. 380 sq. ed. II. vergl. mit Biener, progr. qu. 9. (Lips. 1809.) p. 5.

22) Gottschalk l. c. p. 378.

Erbschaft abstinirt, wobei nun die Frage entsteht, ob, durch wen, und unter welchen Umständen, wenn sich der Nachlaß als insolvent ausweist, das Gezahlte zurückgefordert werden könne, — ein Fall, bei dem ganz andere Rücksichten eintreten, als bei einem insolventen Schuldner, der von mehreren Gläubigern gedrängt wird und Einen davon bezahlt[23]). Wollte man auch beide Fälle wirklich für identisch oder doch für analog achten, wie Laspeyres in der mehrfach angeführten Abhandlung will, so würde man doch wenigstens, wie derselbe Rechtslehrer anerkennt, zur Begründung der Paullianischen Klage immer noch eine participatio doli von Seiten des Gläubigers voraussetzen müssen, und der Umstand, daß zugleich mit dem Gläubiger A auch noch B, C, D als gleichberechtigte Creditoren ihre Zahlung vom Schuldner gefordert und solche nicht erhalten haben, während A sie erhielt, würde an und für sich und allein betrachtet, keinesfalls hinreichen, um den Letzteren zur Herausgabe des Empfangenen zu nöthigen.

Von den Parteien in der actio Paulliana. Kläger ist in der Regel die Gesammtheit der Gläubiger des Insolventen; denn nicht nur die cessio bonorum von Seiten des Schuldners, sondern auch die missio in bona kommt allen Gläubigern gleichmäßig zu statten, und keineswegs haben diejenigen, welche die missio gesucht und erlangt haben, ein vorzüglicheres Recht als die übrigen[24]). Daß die Pfandgläubiger an der Paulliana keinen Antheil nehmen, wenigstens nicht nach römischem Rechte, hat seinen Grund darin, daß sie nicht zu der Gesammtheit der Concursgläubiger gerechnet werden, sondern ihr Recht für sich geltend machen. Dagegen gehören die Gläubiger, welche ein bloßes privilegium exigendi haben, unstreitig zu jener Gemeinschaft, mithin auch zu denen, welchen die Paulliana zu statten kommt. Wären jedoch durch eine Handlung des Schuldners nicht alle seine Gläubiger, sondern nur einige benachtheiligt worden, so würde das Klagrecht auch nur diesen zustehen. Namentlich erwähnen hier die Gesetze den Fall[25]), wenn Jemand seine Gläubiger A, B, C betrügen wollte und zu dem Ende eine durch die actio Paulliana zu rescindirende Handlung vornahm, dann aber bei D, E, F Geld borgte und damit die Forderungen des A, B und C tilgte. Daß derjenige, welcher Erbe des dolosen Schuldners geworden ist, dessen Handlungen nicht mit der actio Paulliana anfechten kann, auch wenn er zugleich Gläubiger wäre, versteht sich von selbst[26]). Nach neuerem Rechte wird auch dem einzelnen Gläubiger, selbst außer dem Concurse, der Gebrauch der actio Pauliana zugestanden. Zwar hätte es auch in Rom vorkommen können,

---

23) Jos. Fern. de Retes in opuscul. lib. III. ad L. 24. D. quae in fraud. credit. in Meermanni thesaur. tom. VI. p. 185. — C. F. Walch in Diss. de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato (Jenae 1790) in Eiusd. opusc. tom. III. exerc. IX. p. 444 sq. §. 17. — Franke a. a. O.

24) L. 12. pr. D. de rebus auct. iud. possid.

25) L. 10. §. 1. quae in fraudem credit.

26) L. 4. C. de revoc. his, quae in fraudem cred.

daß gegen einen Schuldner, der nur Einen Gläubiger hatte, die actio Paulliana angestellt worden wäre, jedoch unter anderen Umständen. Nach römischem Rechte fand nämlich ein concursmäßiges Verfahren statt, wenn auch nur ein Gläubiger vorhanden war. Dieß geschieht zwar nach neuerem Rechte nicht mehr, allein nichts desto weniger kann die act. P. erhoben werden, wenn ein Gläubiger seinen Schuldner ausgeklagt, aber bei der Execution keine volle Befriedigung erhalten hat und in Erfahrung bringt, daß der Schuldner, während er schon materiell insolvent war, die Masse auf betrügliche Weise vermindert oder auch als noch Solventer Geschäfte gemacht hat, wodurch er insolvent geworden ist. — Beklagter in der act. P. ist 1) zunächst derjenige, welcher mit dem Schuldner ein für die Masse nachtheiliges Geschäft abgeschlossen hat; — sodann 2) der, welcher von jenem Mitcontrahenten dasjenige, was dieser von dem Gemeinschuldner bekam, erworben hat, jedoch, wie es dem allgemeinen Charakter der act. P. als einer actio doli gemäß ist, — nur wenn er fraudis conscius war; denn war er es nicht, so kann auch die Paullianische Klage gegen ihn nicht erhoben werden[27]). Endlich kann 3) nach römischem Rechte auch der betrüglich handelnde Schuldner selbst mit dieser Klage belangt werden[28]), — ein Fall, der heutzutage kaum noch als praktisch anzusehen ist. Bei den Römern konnte nämlich gegen einen in Concurs verfallenen Schuldner nach dem Concurse keine Klage aus einer Geldverbindlichkeit erhoben werden, die vor dem Concurse entstanden war. Hatte er sich jedoch Handlungen erlaubt, welche die Paulliana begründeten, so fand diese, wenn die Gläubiger auf keine andere Weise zu dem Ihrigen kommen konnten, ausnahmsweise auch gegen ihn statt, und zwar gleichsam zur Strafe. Nach der heutigen Praxis aber kann gegen den Schuldner ohne Weiteres auf das, was die Gläubiger im Concurse nicht erhalten haben, geklagt werden, sobald er nur zu besseren Vermögensumständen gekommen ist.

Zeit, wann die Paulliana angestellt werden kann. Daß sie nach römischem Rechte erst mit dem Augenblicke der Concurseröffnung angestellt werden konnte, ist bereits gesagt. Erhebt sie nach neuerem Rechte ein einzelner Gläubiger außerhalb des Concurses, so wird der Zeitpunkt, wo sie angestellt werden kann, mit dem Augenblicke eintreten, wo es durch die Hilfsvollstreckung gewiß wurde, daß er das Seinige nicht vollständig erhalten kann. Von diesen Momenten an läuft in beiden Fällen die Verjährung derselben[29]). Die Frist war nach dem Pandektenrechte[30]) ein annus utilis; allein man nimmt, und wohl nicht mit Unrecht, an, daß die lex fin. C. de tempor. in integrum restitution. (2.53.) auch in Ansehung der actio Paulliana den annus utilis

---

27) L. 9. D. quae in fraudem credit.
28) L. 25. §. 7. D. eod.
29) Schweppe, §. 33, hält es für richtiger, den terminus a quo der Verjährung vom Ende des Concurses an zu rechnen, — was aber, wenigstens in der Praxis, nicht angenommen ist.
30) L. 1. L. 6. §. 14. L. 10. pr. u. §. 24.

in ein quadriennium continuum verwandelt habe[31]). Insoweit aber Jemand durch das zu rescindirende Geschäft reicher geworden ist, oder doch geworden sein würde, wenn er es nicht in böslicher Absicht verhindert hätte, steht die Klage 30 Jahr[32]).

Wirkungen der Paullianischen Klage. Diese sind im Allgemeinen dieselben, wie bei jeder actio doli; das zwischen dem insolventen Schuldner und dem Dritten eingegangene Geschäft wird mit allen seinen Folgen rescindirt, und Alles möglichst in den Stand gesetzt, in dem es vor dem nachtheiligen Geschäfte war. Was also durch das Geschäft in die Hände dieses Dritten gekommen ist, muß wieder herausgegeben werden, — und zwar cum fructibus perceptis et percipiendis (doch nach Abzug der sumtuum), wenn der Beklagte in dolo war, außerdem nur cum fructibus perceptis[33]). — Aufgehobene Verbindlichkeiten werden wieder hergestellt. — Verpflichtungen die der Schuldner übernommen hat, werden durch die exceptio Paulliana beseitigt. Die Erben des dolosen Mitcontrahenten sind nur insoweit gehalten, als sie locupletiores geworden sind[34]). Daß dieß auch der Fall ist bei demjenigen, welcher titulo lucrativo vom Insolventen etwas erwarb, ist schon oben bemerkt worden. — Uebrigens bekommt derjenige, der als fraudis particeps oder conscius etwas vom Schuldner titulo oneroso erworben hat, dasjenige, was er diesem dafür zahlte, nicht wieder, — ja er kann es nicht einmal beim Concurse liquidiren, ausgenommen, wenn das gezahlte Geld noch in Natur vorhanden sein sollte, in welchem Falle dasselbe zurückgegeben werden soll[35]).

Eine sogenannte actio Paulliana utilis wird den Gläubigern gestattet 1) wider diejenigen, denen der Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger ein Vermächtniß ausgesetzt und die solches von dem Erben ausgezahlt erhalten haben[36]); 2) wider den Erben des Schuldners, der zu Hinterziehung der Gläubiger Veräußerungen vorgenommen und sich dann wider den Erbschaftsantritt in integrum hat restituiren lassen[37]); 3) wenn der Schuldner in betrüglicher Absicht ein ihm zuständiges Pfandrecht seinem Schuldner erlassen hat[38]).

Um den materiellen Concurs nicht in den formellen übergehen zu lassen, gibt es (außer der sofortigen baaren Zahlung, die freilich blos möglich ist, wenn ein glücklicher Zufall die Insolvenz des Schuldners plötzlich in Solvenz verwandelt) nur zwei Mittel: die Erlangung einer Gestundung und den Nachlaßvertrag. Beide werden bisweilen mit einander verbunden. — Die Gestundung wird aber gesucht und ertheilt, nicht blos in dem Falle einer vorhandenen oder auch nur vermutheten

---

31) Mühlenbruch doctr. Pand. tom. I. §. 206.
32) L. 10. §. 24. D. quae in fraud. cred.
33) L. 10. §. 20. D. eod.
34) L. 10. §. 25. L. 11. D. eod.
35) L. 7. 8. D. eod.
36) L. 6. §. 13. D. eod.
37) L. 10. §. 10. D. eod.
38) L. 18. D. eod.

Insolvenz, sondern selbst, wenn der Schuldner erweist, daß er völlig solvent ist, daß er aber nur für den Augenblick nicht so viel baares Geld aufbringen kann, als er zu Bezahlung der bereits verfallenen oder des Nächsten gefällig werdenden Schulden braucht. Zunächst hängt die Ertheilung einer Nachsicht von dem guten Willen der Gläubiger ab, und beruht dann auf dem zwischen ihnen und dem Schuldner abzuschließenden Gestundungsvertrage. Allein nach gemeinem sowohl als nach manchen älteren Landesrechten kann der Letztere durch ein landesherrliches Rescript auch eine von Einwilligung seiner Gläubiger nicht abhängige Gestundung erlangen (moratorium, Anstandsbrief, eiserner Brief, literae induciales, dilatoriae, respirationis, auch Quinquenell, weil die Gestundung gewöhnlich auf fünf Jahre gegeben wird). Unrichtig ist es, daß der Schuldner, um diese Begünstigung von der Regierung zu bekommen, seine Insolvenz darthun müsse. Im Gegentheil ist es in manchen Ländern sogar entweder durch ausdrückliche Gesetze bestimmt oder doch als Regierungsmaxime angenommen, daß dem Schuldner nur, wenn er seine Solvenz erweist, ein Moratorium bewilligt wird. Die Moratorien sind nicht, wie man bisweilen behauptet hat, erst durch teutsche Reichsgesetze eingeführt, sondern waren schon den Römern bekannt [39]). Durch die Reichsgesetze [40]) wurden nur Vorschriften gegen den bis dahin [41]) häufig damit getriebenen Mißbrauch gegeben. Stets können Moratorien nur vom Regenten, niemals vom Richter ertheilt werden, und die entgegengesetzte Meinung Leyser's (spec. 12. medit. 4.) ist niemals in die Praxis übergegangen. — Die Hauptwirkung des Moratoriums ist: daß es alle Nachtheile der Nichterfüllung einer Zahlungsverbindlichkeit von dem Schuldner abwendet. Es verfällt daher keine Conventionalstrafe, die lex commissoria tritt nicht in Wirksamkeit, es entsteht keine mora solvendi, und selbst die entstandene mora, mithin auch die etwa schon bestehende Verbindlichkeit, Verzugszinsen zu zahlen, hört wiederum auf, — dagegen läuft auch die Klagverjährung wider die Gläubiger nicht. Uebrigens schützt das Moratorium nur gegen Geldforderungen, nicht gegen andere Klagen, und auch von reinen Schuldklagen sind ausgenommen diejenigen, welche sich beziehen 1) auf Ansprüche, die erst nach Ertheilung des Moratoriums entstanden sind; 2) auf fortlaufende Prästationen, also namentlich auf Vertragszinsen, aber auch auf Abgaben an den Staat, auf Alimente, Renten u. dgl., welche sämmtlich während der Dauer des Moratoriums ohne Unterbrechung gezahlt werden müssen und bei eintretender Säumniß eingeklagt werden können. Auch sind die Gläubiger nicht gehindert, auf ihre dem Moratorium unterworfenen Forderungen gegen den Schuldner zu compensiren. Ob ihnen ebenso unbedingt die

---

39) L. 3. L. 6. C. Th. de diversis rescriptis. L. 2. L. 4. C. de prec. Imperat. refer. (1. 19.)

40) Reichspolizeiordnung von 1577, Tit. XXIII, §. 4.

41) Pufendorf obs. II. 22. 2. Happel, Verfahren, den Concursprozeß abzuwenden (Gießen 1799), Abschn. I, §. 22.

Ausübung des Retentionsrechtes zugestanden werden kann, ist zweifelhaft. Gewiß aber ist es, daß die Schuldner dessen, dem ein Moratorium ertheilt ist, die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegen denselben aufzuschieben nicht berechtigt sind, wie man früher aus Mißverstand der Regel: quod quisque iuris in alterum statuerit, eodem iure et ipse utatur, angenommen hat. — Da das Moratorium eine Hemmung der richterlichen Thätigkeit durch die höchste Staatsgewalt ist, so schützt es den Schuldner natürlich auch nur in dem Staate, von dessen Regenten es ertheilt worden ist; — und da es nur in Berücksichtigung der persönlichen Lage des Schuldners gegeben wird, so geht es nicht auf die Erben desselben über, kann auch von dem Bürgen desselben nicht benutzt werden. Etwas Anderes ist es, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag Gestundung eingeräumt hat; denn hier ist der Gläubiger selbst Ursache, daß die Schuld nicht klagbar ist, und der in Anspruch genommene Bürge kann sich also auf das beneficium excussionis beziehen. Während der Dauer des Moratoriums soll der Schuldner an keinen seiner Gläubiger zum Nachtheile der anderen Zahlung leisten, überhaupt nicht sein Vermögen vermindern, weshalb er denn einer Controle seiner Gläubiger unterworfen, auch sonst in der Disposition über sein Vermögen, insoweit dieselbe die Grenzen der bloßen Administration überschreitet, beschränkt werden kann. Nach römischem Rechte[42]) ist er sogar zu Stellung einer Caution wegen künftiger Zahlung verpflichtet, was freilich vorauszusetzen scheint, daß er noch nicht insolvent, sondern nur durch Umstände verhindert sei, sofort baares Geld anzuschaffen. — In Teutschland sind bisweilen ganzen Classen von Schuldnern, ja selbst ganzen Ländern Moratorien bewilligt worden. Die neuere Zeit kennt jedoch kein Beispiel einer solchen exorbitanten Maßregel, und überhaupt hat man sich fast allenthalben überzeugt, daß die Moratorien, wie sie schon an sich ein offenbares Unrecht gegen die Gläubiger sind, so auch politisch im Allgemeinen nur nachtheilig wirken und den Landescredit schwächen, welcher keine sicherere Stütze hat, als die Ueberzeugung Aller, daß Jeder die unverbrüchlichste Heilighaltung seines Rechtes auf das Bestimmteste erwarten dürfe. In mehreren neueren Urkunden über die Staatsverfassung, z. B. in der Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen vom 4. Sept. 1831, §. 54, ist den Regierungen das Recht, Moratorien zu ertheilen, sogar ausdrücklich entzogen. Daher ist diese ganze Materie jetzt ziemlich unpraktisch geworden.

Der Nachlaßvertrag, als das zweite Mittel, den Uebergang des materiellen Concurses in den formellen abzuwenden, hängt nur von dem freien Willen der Gläubiger selbst ab, die von dem Schuldner um theilweise Erlassung der Schuld gebeten werden. Blos in einem Falle tritt eine Nothwendigkeit, denselben zu bewilligen, ein, — nämlich wenn der Schuldner gestorben ist und der Nachlaßvertrag mit den Erben desselben verhandelt wird. Hier kann nämlich, nicht zwar zu Gunsten

---

42) L. 4. C. de prec. Imper. offer.

des Schuldners oder seiner Erben, aber doch zu Gunsten der Mehrzahl der Gläubiger, welche, um schneller und leichter zu ihren Forderungen zu kommen, mit den Erben des Schuldners einen Accord schließen wollen, die dissentirende Minderzahl gezwungen werden, sich die Bedingungen gefallen zu lassen, auf welche die Mehrzahl abzuschließen geneigt ist [43]). Die Mehr- und Minderzahl wird zunächst nach der Größe der Summe und, wenn diese auf beiden Seiten gleich stark ist, nach der Kopfzahl der Gläubiger, sodann nach der bürgerlichen Würde derselben — was jetzt kaum beachtet werden dürfte — berechnet. Hypothekarische Gläubiger, insoweit sie die Befriedigung aus der ihnen verpfändeten Sache erlangen können, unterliegen diesem Zwange nicht. Ob aber diejenigen Gläubiger, welche zwar kein Pfand, aber doch ein privilegium exigendi haben, durch die Majorität verpflichtet werden oder nicht, ist streitig [44]). Doch scheint wenigstens das spätere auf Entscheidungen der Kaiser beruhende Recht den privilegirten Gläubigern ungünstig gewesen zu sein. — Es kann jedoch das, was solchergestalt in Beziehung auf den insolventen Nachlaß eines Verstorbenen galt, nicht auf die Verhandlung mit dem noch lebenden Schuldner angewendet werden, — wenigstens fehlt es hierzu gemeinrechtlich an jedem Grunde; auch läßt sich eine derartige Ausdehnung des ursprünglichen Princips durch einen neueren Gerichtsbrauch nicht nachweisen. Dessen ungeachtet ist nicht zu leugnen, daß die vorhin angeführten Stellen des römischen Rechtes nicht nur von den erkennenden Richtern oft mißverstanden worden sind, sondern daß dieser Mißverstand auch auf die Gesetzgebungen mancher einzelnen teutschen Länder Einfluß gehabt hat, so daß jetzt an vielen Orten in gewissen Formen und unter gewissen Bedingungen die Minderzahl der Gläubiger auch eines noch lebenden Schuldners genöthigt werden kann, dem pacto plurium beizutreten. Obrigkeitliche Bestätigung des Nachlaßvertrages ist an sich nicht nöthig. Wenn jedoch die Minderzahl sich nicht fügen will, so wird sie durch den Richter dazu gezwungen [45]). Daß die Gläubiger zur Verhandlung des Nachlaßvertrages vorgeladen werden müßten, ist dem römischen Rechte ebenfalls fremd [46]). Ob den Gläubigern, wenigstens denen, welche dem Nachlaßvertrage nicht freiwillig beigetreten sind, ein Nachmahnungsrecht zustehe, ist nicht sowohl eine streitige Frage, als vielmehr eine solche, welche nach den eben entwickelten Grundsätzen des gemeinen Rechtes nicht aufgeworfen werden kann. Denn gemeinrechtlich kommt das sogenannte pactum plurium bei der Insolvenz eines noch lebenden Schuldners gar nicht vor. Ist es aber mit den Erben eines Verstorbenen abgeschlossen, so versteht es sich von selbst, daß von einer

---

43) L. 7. §. 17. 18. 19. L. 8. 9. 10. D. de pactis. (2. 14.) L. 58. §. 1. D. mandati. (17. 1.)

44) L. 58. §. 1. D. mandati, vergl. mit L. 10. pr. D. de pactis.

45) L. 7. §. 19. D. de pactis.

46) Zwar behauptet diese Nothwendigkeit Salgado de Somoza II. 30. n. 67 sq., allein ohne einen Grund aus den Gesetzen nachweisen zu können. Vgl. auch Canngiesser Dec. Hasso-Cass. II. 172. n. 19. 20.

Nachforderung nicht die Rede sein kann. Der Nachlaßvertrag kann um deswillen, weil mehr als die Hälfte der Schuld erlassen worden ist, nicht angefochten werden, und die Lehre von der rechtlichen Möglichkeit, einen Vergleich durch Beziehung auf die laesio enormis anzufechten, gehört im Mindesten nicht hierher. Das pactum remissorium, wenn schon oft Vergleich genannt, ist ja nichts weniger als eine transactio im Sinne Rechtens, denn beide Parteien sind über das Object, was von der einen Seite gefordert wird und von der anderen geleistet werden soll, nicht streitig, sondern, in der Regel wenigstens, vollkommen einig. Eben so wenig läßt sich behaupten, daß der Erlaß aus dem Gesichtspunkte einer Schenkung zu betrachten, mithin, wenn von einem einzelnen Gläubiger die zu erlassende Summe mehr als 500 solidi beträgt, gerichtliche Insinuation zum Rechtsbestande des Vertrages erforderlich sei. Das pactum remissorium ist keine Schenkung, theils weil bei dem Nachlaßvertrage allemal vorausgesetzt wird, daß es unmöglich ist, das Erlassene zu erhalten, mithin es, wollte man ihn als Schenkung betrachten, am geschenkten Objecte fehlen würde, theils weil die reine Schenkung allemal auf einer Liberalität beruhen muß, bei einem Nachlaßvertrage aber der Gläubiger einen Theil seiner Forderung nicht aus Liberalität, sondern nur seines eignen Vortheiles willen fallen läßt, damit er nicht zuletzt aus dem Concurse weniger bekomme, als ihm der Schuldner jetzt bietet. Denn wenn der Concurs ausbricht, verliert der Gläubiger gewöhnlich bei Weitem mehr, als wenn er mit dem Schuldner ein gütliches Abkommen trifft[47]). In neuerer Zeit ist eine Form des Nachlaßvertrages sehr beliebt worden, welche man den außergerichtlichen Concurs zu nennen pflegt, und wobei die Privatverhandlung gewisse Formen des gerichtlichen Concurses nachahmt. Eine solche Verhandlung unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Nachlaßvertrage hauptsächlich dadurch, daß bei dem letzteren der Schuldner seinen Gläubigern bestimmte Procente für ihre Forderungen bietet, dagegen bei dem Privatconcurse der Antrag dahin geht, daß die Gläubiger sich mit dem begnügen sollen, was bei einer gleichmäßigen Vertheilung der Masse auf einen Jeden von ihnen kommt. Damit Gewißheit über die Gleichförmigkeit dieser Vertheilung vorhanden sei, ernennt der Gemeinschuldner einen oder mehrere Aufseher über das Geschäft, die man Curatoren nennt, die aber mit den weiter unten zu betrachtenden wirklichen Concurscuratoren nichts gemein haben, sondern blos als Bevollmächtigte des Gemeinschuldners und bisweilen zugleich als Mandatare der Gläubiger anzusehen sind. Von mehreren Rechtslehrern, z. B. von Funke, Beiträge zur Erörterung praktischer Rechtsmaterien (Chemnitz 1813), Nr. 1, werden viele Eigenthümlichkeiten des gerichtlichen Concurses auf dieses Privatverfahren übertragen, allein mit Unrecht. Siehe v. Langenn und Kori, Erörterungen, Th. II, N. 6.

---

47) Anderer Meinung sind v. Langenn u. Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen, Th. I, N. 7.

Läßt sich die Insolvenz weder durch ein Moratorium noch durch einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Nachlaßvertrag beseitigen, so geht der materielle Concurs in den formellen über, und der Zustand, in welchen der Schuldner nun geräth, sowie der Einfluß, welchen dieser Zustand auf seine Rechtsverhältnisse, zum Theil auch auf die Rechte dritter Personen äußert, mit denen er in Verbindung steht, ist der Hauptgegenstand des materiellen Concursrechtes. Es würde dem Zwecke dieser Darstellung unangemessen sein, eine ausführliche Geschichte des Concurswesens von den römischen Königen an bis auf die jetzige Zeit zu geben. Ohnehin müßte dieß mehr eine Geschichte des Concursverfahrens oder Concursprozesses als des eigentlichen Concursrechtes sein, wiewohl die Form des Concursverfahrens natürlicher Weise zu allen Zeiten gar sehr durch die Ansichten, welche eben über Concursrecht galten, bedingt wurde. Es mögen daher hier folgende kurze Andeutungen genügen.

Das Schuldenwesen unter den römischen Königen, worüber wahrscheinlich das ius Papirianum Nachrichten enthielt, war sehr einfach. Der Schuldner wurde Sclave des Gläubigers, doch war er dieß nur in Bezug auf die Privatverhältnisse. In Ansehung seiner öffentlichen Rechte blieb er Person und Bürger. — Nach den Vorschriften der XII Tafeln konnte der Gläubiger den rechtskräftig verurtheilten Schuldner, der binnen 30 Tagen weder Zahlung leistete, noch einen Bürgen stellte, in nervum (compedes) legen. Der Schuldner wurde addictus — nexus, aber noch nicht Sclave. Erst nach 60 anderweiten Tagen konnte er ihn entweder als Sclaven behalten oder trans Tiberim verkaufen. Waren der Gläubiger mehrere, so durften sie den Schuldner in partes secare, was Einige von Theilung der Sclavenarbeiten, Andere von wirklicher Tödtung und Zerhauung des Körpers verstehen. Letzteres wäre wenigstens der Rohheit jener Zeit nicht unangemessen. In der lex Petillia Papiria de obaeratis (a. 427, nach Anderen 429 p. U. c.) wurde dieß aufgehoben oder wenigstens eingeschränkt, und den Gläubigern das Vermögen der Schuldner zur Befriedigung angewiesen. Doch ist man über den Inhalt dieses Gesetzes nicht ganz im Klaren, und jedenfalls wurde durch dasselbe der Privatarrest der Schuldner nicht ganz abgeschafft. — Später, doch noch zur Zeit der Republik, kam die missio in possessionem auf. Sie wurde ertheilt durch ein Decret, wodurch die Gläubiger vom Prätor in den Besitz der Güter des Schuldners gesetzt wurden, ohne sie noch verkaufen zu dürfen. Jener Besitz war kein juristischer, sondern eine bloße detentio zum Behuf der custodia, — jedoch verbunden mit einem prätorischen Pfandrechte [48]). Die Erlaubniß zum Verkauf, zur venditio bonorum, ertheilten sie durch ein anderweites Decret [49]). Das Ausbieten der Güter an den Meistbietenden hieß proscriptio. Die Leitung dieses Verfahrens hatte ein

---

48) L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) L. 3. §. 8. D. uti possid. (43. 17.)

49) Der Umstand, daß es auch zum Verkauf der Güter eines obrigkeitlichen Decretes bedurfte, hat zu der Theorie von einer doppelten missio in

von den Gläubigern aus ihrer Mitte gewählter magister bonorum vendendorum. Es wurde das Vermögen an Eine Person (emtor bonorum) gegen gewisse Procente, die dieser emtor den Gläubigern bot, als ein Ganzes verkauft, und der emtor galt als successor universalis des Schuldners[50]). Die sectio bonorum ist etwas Anderes: nämlich der Verkauf eines von Staatswegen confiscirten Vermögens. — Das beneficium eiurationis von Sulla eingeführt, schützte den Schuldner, welcher schwor, daß er seine Gläubiger nicht befriedigen könne, gegen den in Schuldsachen nie ganz abgekommenen Personalarrest. — Die von Cäsar oder August in einem nicht genau bekannten Jahre durch eine lex Iulia eingeführte cessio bonorum hatte die Wirkung, daß der Schuldner hierdurch auch vom Personalarreste frei wurde, und ihm hinsichtlich des Vermögens, was er nach der cessio bonorum neu erwarb, etwas mehr noch als ein bloßes Competenzrecht zustand. Er konnte nämlich, wenn er wieder zu Vermögen kam, doch wegen früherer Schulden nur dann belangt werden, wenn der Prätor das Erworbene schon ziemlich bedeutend fand. Unter den Kaisern kam (wahrscheinlich zuerst als eine besondere Begünstigung vornehmerer Schuldner[51])) eine neue Art der venditio bonorum auf, welche (zum Unterschied von der erwähnten) distractio oder auctio bonorum genannt wurde. Hier wurden die Güter des Schuldners nicht als ein Ganzes durch einen magister an einen emtor als Universalsuccessor verkauft, sondern durch einen Curator einzeln an die Meistbietenden versteigert, so daß nun eigentlich Niemand Successor war. Schwerlich war diese Form des Concurswesens schon zur Zeit der Republik üblich, wohl aber bestand die venditio per universitatem noch eine Zeit lang neben der distractio, so daß die Gläubiger die Wahl zwischen beiden Formen hatten[52]). Später kam die venditio bonorum per universitatem ganz ab; der Einfluß des Richters auf das Schuldverfahren nahm zu; es wurden Fristen gesetzt, innerhalb welcher sich die Gläubiger — worunter jedoch nur stets die chirographarischen verstanden wurden — beim Concurse melden mußten (Bewohner derselben Provinz binnen 2, Auswärtige binnen 4 Jahren). Eine wirkliche Aufforderung zur Meldung an einem bestimmten Tage (Edictalcitation) fand jedoch nicht statt. — Vom Rechte der Nov. 135 s. w. u. — Bei den Teutschen verfiel der Schuldner Anfangs auch in Personalarrest, später trat das römische Verfahren, doch gemischt mit teutschen Gewohnheiten, ein, woraus das Concursverfahren des neueren Rechtes sich entwickelte.

---

bona, ex primo decreto, und ex secundo decreto, Veranlassung gegeben (vergl. z. B. Kori, System des Concursprozesses, Bd. I, §. 7), welche nicht ohne wichtigen Einfluß auf das teutsche Concursrecht geblieben ist. Sie ist jedoch nicht richtig. Von den Folgerungen aber, die man daraus gezogen hat, wird später die Rede sein.

50) Vergl. Stieber, de bonorum emtione apud veteres Romanos. Lips. 1827.

51) L. 5. L. 9. D. de curator. furioso etc. (27. 10.) Vgl. Bayer, Concursprozeß, §. 13.

52) L. 9. D. de curatoribus furioso etc. — Vgl. die Art. bonorum distractio, bon. possessio (miss. in bona) u. bon. venditio.

Der formelle Concurs beginnt also nach dem neueren römischen Rechte entweder mit der cessio bonorum, also auf Antrag des Schuldners, — oder mit der missio in bona, also auf Antrag der Gläubiger, — nach teutschem Rechte aber kann er auch durch den Richter von Amtswegen verfügt werden, wenn dieser officielle Kenntniß davon bekommt, daß das Vermögen des Schuldners zur vollen Befriedigung der gesammten Gläubiger nicht zureiche, und es zeigt sich hier ein wichtiger Unterschied zwischen dem römischen und teutschen Rechte. Dem teutschen Richter liegt nämlich in dem letzterwähnten Falle eine in dem Interesse des öffentlichen Credits begründete polizeiliche Verpflichtung ob, für das Interesse auch derjenigen Gläubiger, welche im gegenwärtigen Augenblicke noch keine Anträge gegen den Schuldner gestellt haben, zu sorgen, — eine Verpflichtung, die dem römischen Richter völlig fremd war. Doch darf man jene Verbindlichkeit und die aus ihr entspringende Befugniß des teutschen Richters nicht zu weit, namentlich nicht dahin ausdehnen, daß man ihm etwa gestattet, den Concurs zu Jemandes Vermögen zu eröffnen, blos deshalb, weil er möglicherweise außer den bekannten Gläubigern noch mehr unbekannte haben könne, durch deren Existenz Insolvenz begründet sein würde. Vielmehr muß, wenn Concurs eröffnet werden soll, die Insolvenz gewiß sein, d. h. es muß aus der Vergleichung der Summe der bekannten Schulden mit dem summarisch zu erörternden Vermögensbestande des Schuldners hervorgehen, daß dieses Vermögen zur Bezahlung jener Schulden nicht zureicht. Daraus folgt, daß wenn die dem Richter officiell bekannten Gläubiger sich mit dem Schuldner vereinigen, so daß etwa durch einen Nachlaßvertrag die Passiva bis unter den Betrag der Activa vermindert werden, der Richter nicht nur mit der Eröffnung des Concurses anstehen, sondern auch selbst die Fortstellung des schon eröffneten Concurses unterlassen muß. Indessen weichen particuläre Gesetze und Rechtsgewohnheiten hiervon häufig ab[53]).

Trägt der Schuldner selbst auf Eröffnung des Concurses zu seinem Vermögen an, so heißt dieser Antrag cessio bonorum (s. benef. c. b.) Die heutigen Erfordernisse derselben und zugleich die Bedingungen, unter welchen der Schuldner zu den Rechtswohlthaten derselben gelangt, sind folgende. Es müssen 1) (wenigstens nach dem heutzutage in Teutschland geltenden Rechte) mehrere Gläubiger, und 2) keine hinreichenden Mittel zu ihrer Befriedigung, also Insolvenz da sein. Bei vorhandener Solvenz, etwa um blos dem Wechselarreste zu entgehen, wird dieselbe nicht gestattet. 3) Der Schuldner muß erklären, daß er sein Vermögen an seine Gläubiger abtrete, welche Erklärung jedoch

---

53) So erfordert Kori in seinem oben angeführten Werke (Bd. I, Th. II, §. 102, S. 191 d. 2. Ausg.) in Bezug auf Sachsen, daß, wenn der Gemeinschuldner noch vor dem Liquidationstermine wieder solvent wird, der Termin durch neue Edictalien aufgehoben werden solle. Ueberhaupt tragen die Richter oft Bedenken, das bereits eröffnete Creditwesen zu sistiren, wenn schon sämmtliche bekannte Gläubiger dieß verlangen. Gemeinrechtlich wenigstens ist zu solchem Bedenken kein Grund vorhanden.

schon in der Bitte um Eröffnung des Concurses liegt. 4) Will er auf das sogenannte beneficium cessionis bonorum Anspruch machen, so muß er auch einen status activus und passivus seines Vermögens einreichen, aus welchem diese Insolvenz erhellt. 5) Er muß Unglücksfälle, durch die er in Insolvenz gerathen, anführen und bescheinigen, und hat 6) in manchen Ländern nachzuweisen, daß für die gemeinen Chirographarier eine gewisse Quote (z. B. in Sachsen wenigstens noch 50 pCt.) übrig bleibt. Eidliche Bestärkung des status ist an und für sich nicht nöthig, kann aber, wenn Verdacht einer absichtlichen Unrichtigkeit vorhanden ist, gefordert werden. Die Güterabtretung geschieht gewöhnlich durch ein an die Behörde gerichtetes, den status activus und passivus enthaltenes Schreiben, worin der Schuldner unter Beachtung der oben erwähnten Erfordernisse erklärt, daß er von den Rechtswohlthaten der Güterabtretung Gebrauch machen wolle. Die Wohlthaten der Güterabtretung sind folgende. 1) Der Schuldner kann von den Gläubigern nicht wegen der Schulden zur gefänglichen Haft gebracht werden. Gemeinrechtlich ist er auch vom Wechselarrest frei; aber viele Particulargesetze haben dieß aufgehoben, und der Wechselgläubiger kann auch den Schuldner, der die beneficia cessionis bonorum genießt, in Wechselarrest bringen lassen, — doch wird dem Schuldner häufig, um ihn hiergegen zu schützen, ein besonderer salvus conductus auf eine gewisse Zeit gegeben. 2) Er genießt das beneficium competentiae (s. d. Art.), welches jedoch die meisten neueren Gesetzgebungen ungemein beschränkt haben. 3) Es trifft ihn nicht die ignominia, die, wenigstens nach älterem Rechte, mit der bonorum venditio verbunden war, von der es aber zweifelhaft ist, ob sie später, als die distractio bonorum aufkam, überhaupt noch stattgefunden habe[54]). Dieß hindert jedoch nicht, daß der in Concurs verfallende Schuldner mancherlei Verminderungen seiner Ehrenrechte und politischen Rechte erleidet, — wovon später die Rede sein wird. Auf die beneficia cessionis bonorum können keinen Anspruch machen 1) alle diejenigen, welche den angegebenen Erfordernissen nicht genügen können, oder wohl gar überwiesen werden, ihre Insolvenz durch Muthwillen oder grobes Verschulden herbeigeführt zu haben; 2) diejenigen, welche bei der cessio selbst sich eines Betrugs, z. B. einer falschen Angabe ihres Vermögens schuldig gemacht haben. Die Particularrechte haben die Fälle, wo die beneficia hinwegfallen, vielfach vermehrt. Wenn übrigens auch Jemandem die Wohlthaten der Güterabtretung verweigert werden, so ist doch, insofern nur überhaupt Insolvenz vorhanden ist, die Abtretung oder selbst das bloße Geständniß der Insolvenz und des Daseins einer Mehrzahl von Gläubigern, insoweit wirksam, daß mit der Concurseröffnung zu des Schuldners Vermögen verfahren wird.

Die beim Concurse vorkommenden Personen zerfallen in Haupt- und Nebenpersonen. Hauptpersonen sind: die Gläubiger, der Schuldner, und der Concursrichter. Unter den Nebenpersonen sind die haupt-

---

54) Bayer, Theorie des Concursprozesses, §. 15, S. 47.

sächlichsten die Curatoren des Concurses. Vom Concursrichter, namentlich in Beziehung auf die Competenz und auf die ihm obliegenden Pflichten wird später bei der Theorie der Concursprozesses gesprochen werden. Vom Schuldner ist im Allgemeinen nur zu bemerken, daß er sowohl eine physische als moralische Person sein kann. Statt der physischen Person tritt nicht selten die Gesammtheit ihres hinterlassenen Vermögens, ihr Nachlaß ein. Bei den moralischen Personen findet ein Unterschied statt zwischen universitates und Anstalten (Stiftungen), und in Beziehung auf universitates wiederum zwischen denen, die bloße öffentliche Personen sind und denen, welche die vollen Rechte der Privatpersonen haben. Die universitates, welche nur öffentliche Personen sind, z. B. Beamtencollegien, haben weder Privatrechte noch Verbindlichkeiten, — können also auch nicht in Concurs gerathen. Bei den privatis sind anderweit politische Gemeinden (Stadt- und Dorfgemeinden) zu unterscheiden von anderen durch willkürlichen Zusammentritt entstandenen Gesellschaften, welchen der Staat durch seine Genehmigung juristische Persönlichkeit gegeben hat. Zu beider Vermögen kann zwar Concurs eröffnet werden, nur mit dem Unterschiede, daß die Stadt- und Dorfgemeinde, wenn ihr Gemeindevermögen zu Bezahlung ihrer Schulden nicht zureicht, ein neues Vermögen schaffen muß, was gewöhnlich durch directe oder indirecte Abgaben bewirkt wird. Häufig tritt auch eine Sequestration des Gemeindevermögens zum Behuf der Schuldentilgung ein. Andere mit Privatrechten versehene universitates hingegen sind hierzu nicht verbunden, sondern können sich, wenn ihr Vermögen zu ihrer Schuldentilgung nicht zureicht, auflösen, wo dann jeder weitere Anspruch aufhört. Concurs zum Vermögen einer Anstalt oder Stiftung kann eigentlich nur dann entstehen, wenn dieselbe eine selbstständige rechtliche Persönlichkeit ist. Steht sie aber, wie dieß wenigstens meistens der Fall ist, im Eigenthume einer universitas, so ist die letztere als eigentliche Schuldnerin anzusehen. So wäre z. B., wenn ein Landarmenhaus insolvent würde, der Staat zur Bezahlung gehalten.

Concursgläubiger im allgemeinsten Sinne nennt man alle diejenigen, welche aus irgend einem *vermögensrechtlichen* Grunde (nicht aus dem status familiae oder aus öffentlichen Rechtsverhältnissen) einen Anspruch entweder an den Gemeinschuldner oder an die Gläubigerschaft als eine moralische Person haben. Sie zerfallen in die eigentlich sogenannten Gläubiger (Liquidanten) und in die uneigentlichen. Liquidanten sind die, welche im Moment des Ausbruches des Concurses eine aus einem Obligationsnexus herrührende Forderung an das Vermögen des Gemeinschuldners haben. Es gehören also nicht dahin 1) diejenigen, deren Anspruch nicht auf einer obligatio, sondern auf einem dinglichen Rechte beruht. Doch verändert der Umstand, daß ein Anspruch durch Pfand oder Hypothek gedeckt ist, das Rechtsverhältniß des Gläubigers nicht wesentlich, dafern nur dieser Anspruch aus einem Obligationsnexus herrührt. Bei den Römern hatte freilich ein Pfand- oder Hypothekgläubiger nicht nöthig, sich beim Concurse zu melden, und

man muß dieß auch wohl noch jetzt, besonders in Bezug auf Faustpfandgläubiger, als gemeines Recht ansehen. Es wird über diesen Punkt, sowie über den hierauf bezüglichen Unterschied zwischen hypothekarischen und chirographarischen Gläubigern später noch Mehreres gesagt werden. 2) Diejenigen, deren Anspruch nicht auf die Vermögensmasse des Schuldners gerichtet ist, sondern auf eine persönliche Leistung desselben. 3) Diejenigen, deren Forderungen in dem Momente, wo der Concurs ausbrach, noch nicht entstanden waren. Gleichgiltig aber ist es, ob eine in diesem Zeitpunkte bereits existirende Forderung schon damals gefällig war oder erst später gefällig wurde. Daher können z. B. nur die bis zum Concursausbruche rückständigen gesetzlichen Alimente eines ehelichen oder unehelichen Kindes liquidirt werden, nicht aber die vom Momente der Concurseröffnung an erwachsenden. Denn obschon das Statusverhältniß zwischen dem Gemeinschuldner und dem Kinde schon existirt, auf welches die Pflicht des Ersteren, das Letztere zu ernähren, sich gründet, so wird doch angenommen, daß die Ernährungspflicht selbst an jedem Tage, überhaupt mit dem jedesmaligen Eintreten des Bedürfnisses neu entsteht. Dieß besagt der Grundsatz: concursus non alit infantes. Anders pflegt die Sache beurtheilt zu werden, wenn Jemand sich durch Vertrag zur Ernährung eines eigenen oder fremden Kindes verbindlich gemacht hat. Hier wird die Liquidation im Concurse wenigstens dann zugelassen, wenn die Verbindlichkeit auf Entrichtung gewisser jährlicher Alimentationsgelder geht, kaum aber, wenn der Schuldner das Kind bei sich im Hause zu ernähren, ihm also die Alimente in Natur zu geben versprochen hätte, nach Ausbruch des Concurses aber hierzu unvermögend wäre. — Auch solche Forderungen, welche von einer bei Eröffnung des Concurses noch schwebenden Suspensivbedingung abhängen, können liquidirt werden. Sie werden jedoch nur eventualiter, d. h. nur für den Fall locirt, daß der Eintritt der Bedingung künftig noch wirklich stattfindet und gehörig nachgewiesen wird. Indessen ist dieser Satz mehrfach bestritten worden, namentlich von Kori, System des Concursprozesses, Bd. I, Th. I, §. 33, S. 44 flg. der 2. Ausg., hauptsächlich in Beziehung auf L. 7. §. 14. L. 14. §. 2. D. quibus de causis in possessionem. (42. 4.) Die Praxis erkennt jedoch den Grundsatz der eventuellen Location an, läßt also bedingte Forderungen zu, und es wird der Betrag, der auf sie kommen würde, wenn sie unbedingt wären, von der Concursmasse abgesondert und gegen hinreichende Sicherheit und Verzinsung ausgeliehen. Die immittelst eingehenden Zinsen, werden zur Masse genommen, über das Capital selbst aber wird erst dann verfügt, wenn es endlich gewiß ist, daß die Bedingung jener Forderungen eingetreten ist, oder daß sie nicht eintreten könne. Im letzteren Falle wird dasselbe dem eventualiter locirten Gläubiger überlassen, — im ersteren unter die übrigen zur Perception kommenden Gläubiger vertheilt [55]). Daß resolutive bedingte Forderungen beim Concurse gel-

---

55) v. Trützschler, Lehre von der Präclusion der Gläubiger, §. 26. — Gmelin, Ordnung der Gläubiger, Cap. I, §. 4. — Schweppe, System des Concurses, §. 49.

tend gemacht werden können, ist keinem Zweifel unterworfen. — Bei den Römern brauchte wahrscheinlich nur eine unmittelbar auf Geld gerichtete Forderung im Concurse geltend gemacht zu werden, nicht aber der auf ein Obligationsverhältniß gegründete Anspruch auf eine species, und muthmaßlich konnte man die Sache selbst aus dem Concurse fordern, so daß also, z. B. wenn A dem B eine Sache verkauft und das Kaufgeld dafür von B empfangen, ihm aber die Sache noch nicht übergeben hatte und, ehe er sie ihm übergab, in Concurs verfiel, B nunmehr von den Concursgläubigern die Ausantwortung des gekauften Gegenstandes verlangen konnte, was nach heutigem Concursrechte unzulässig sein würde; vielmehr müßte B in solchem Falle den Schaden, den er durch die Nichterfüllung des Contracts erleidet und der in der Regel wenigstens dem Betrage des gezahlten Kaufgeldes gleich sein wird, liquidiren und sich mit der auf ihn kommenden antheiligen Befriedigung begnügen.

Gläubiger im uneigentlichen Sinne sind diejenigen, die entweder gar nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den Concurs als eine moralische Person einen Anspruch haben, z. B. die dem Concurse eine Niederlage, eine Wohnung vermiethet und dafür den Miethzins von ihm zu fordern haben (creditores massae), oder die auf einzelne Sachen aus der Concursmasse ein Realrecht geltend machen (vindicantes, separantes iure dominii), oder welche fordern, daß gewisse Gegenstände von der Concursmasse abgesondert und zu ihrer besonderen Befriedigung verwendet werden sollen (separantes und quasi separantes). — Vindicanten fordern entweder solche ihnen zugehörige Sachen, deren Besitz und Gebrauch dem Schuldner nicht oder doch nicht mehr zusteht: depositа, das Pachtinventarium u. s. w., oder solche, welche die Gläubiger zur Benutzung noch zurückbehalten können, z. B. Familienfideicommisse, Früchte tragende Sachen der Ehefrau u. s. w. Die im eigentlichen Sinne sogenannten Separanten hingegen sind die Gläubiger und Legatarien eines Erblassers, dessen Erbe der Gemeinschuldner geworden ist. Sie können binnen fünf Jahren nach Antretung der Erbschaft (später nicht) verlangen, daß das Vermögen des Erblassers von dem Vermögen des Erben abgesondert und ihnen zu ihrer Befriedigung ausschließlich überlassen werde. Wenn sie Separation gesucht und erhalten haben, so können sie nun in der Regel das eigne Vermögen des Erben nicht weiter in Anspruch nehmen. Auch fällt die Separation weg, wenn die Erbschaft mit den eignen Gütern des Erben schon früher unzertrennlich vereinigt worden, ingleichen wenn diejenigen, welche sie suchen, den Gemeinschuldner nach der Erbantretung auf irgend eine Weise als ihren Schuldner anerkannt haben. — Quasiseparanten werden genannt a) die Gläubiger eines filiifamilias (ehemals in Rom auch eines Sclaven), welche mit diesem in Ansehung seines peculium (beim Familiensohne militare), bei uns auch mit einem Vasallen in Hinsicht des Lehns, contrahirt haben. Namentlich konnten bei Sclaven, wenn diese mehrere tabernas hatten, die Gläubiger verlangen, daß sie aus

der taberna, hinsichtlich deren sie creditirt hatten, befriedigt würden[56]), was keineswegs auf unsere heutigen Kaufleute auszudehnen ist. b) Die Frau, welche eine dem Manne gemachte Geldschenkung revocirt, in Ansehung der Sache, welche der Mann aus dem geschenkten Gelde angeschafft hat. c) Ein Soldat, mit dessen Gelde der Gemeinschuldner unerlaubter Weise Sachen gekauft hat, in Ansehung dieser Sachen. Beides möchte jetzt kaum noch als praktisch gelten. d) Der Pupill in Ansehung desjenigen Geldes, welches der bestellte Vormund (nicht ein anderer gesetzlicher Stellvertreter, also z. B. nicht der Vater) in seinem eignen Namen aus dem Vermögen des Pflegbefohlenen einem Dritten geliehen hat, oder in Rücksicht derjenigen Sache, welche von diesem Gelde angeschafft worden ist. e) Der Verkäufer, welcher sich zum Zwecke seiner ausschließlichen Befriedigung wegen der Kaufgelder das Eigenthum an der erkauften Sache vorbehalten hat. Jetzt wird hierdurch meistens nur ein Pfandrecht wegen der Kaufgelder bewirkt. (Das Weitere wird in besonderen Artikeln abgehandelt.)

Die hauptsächlichsten Nebenpersonen im Concurse sind die Curatoren. Bei den Römern gab es nur einen einzigen, den curator bonorum, welcher mit der Verwaltung der Masse der Beitreibung dessen, was hiervon in fremden Händen war, und dem Verkaufe der Güter zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger, sowie mit der Vertheilung des Erlöses unter die Gläubiger, sich zu beschäftigen hatte. Nur in diesem Sinne war er Vertreter der Gesammtheit. Mit der Untersuchung der Liquidität und Priorität der an den Schuldner gestellten Forderungen hatte er nichts zu thun. In Teutschland wurde bei der Richtung, die das teutsche Concursverfahren nahm, derselbe auch mit diesem letzteren Geschäfte beauftragt, oder richtiger: es entstand ein neues Amt, das des contradictor, welchem jenes Geschäft oblag. Beide Aemter waren aber Anfangs stets in einer und derselben Person vereinigt. Später aber wurden sie getrennt, oder wenn man sie auch an eine und dieselbe Person überließ, so dachte man sie sich doch, und denkt sie noch jetzt, als zwei getrennte Functionen. Der curator bonorum, auch Gütepfleger, bisweilen Massecurator genannt, repräsentirt die Gläubigerschaft oder, wenn man will, das Vermögen des Gemeinschuldners active, — der contradictor, auch curator litis, Concursvertreter genannt, repräsentirt Beides passive. Demnach kommt die Hauptverwaltung der Concursmasse und die Ausübung der darauf ruhenden Rechte dem curator bonorum zu. Sein Geschäft ist im Ganzen eben das, was dem curator bonorum bei den Römern oblag, nur daß er heutzutage in der Regel mit der Vertheilung der Masse unter die Gläubiger nichts zu thun hat, als welche jetzt zu den Geschäften des Richters gehört. Die Thätigkeit des curator bonorum beschränkt sich also darauf, Alles, was zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, zusammenzubringen und, insofern es nicht schon in baarem Gelde besteht, in Geld zu verwandeln, bis dahin aber von den Massegegenständen, insofern sie nutzbar

---

56) L. 5. §. 14. 15. 16. D. de tributor. actione. (14. 4.)

sind, die möglichsten Nutzungen zu ziehen, und dadurch die Masse zu vermehren. Der curator litis hingegen beschäftigt sich mit dem Passivzustande des Gemeinschuldners, und hat als solcher nur mit den einzelnen Gläubigern, und zwar blos mit denen zu thun, welche der Natur ihrer Forderungen nach zu den Liquidanten gehören. Hier hat er gemeinrechtlich nicht nur die Richtigkeit der Forderungen zu untersuchen, sondern auch die Prioritätsfrage zu erörtern. In manchen Particulargesetzgebungen jedoch, z. B. in der königlich sächsischen, ist ihm die Einmischung in die Prioritätsstreitigkeiten der Gläubiger untersagt. — Das gegenseitige Verhältniß dieser beiden Curatoren hat zu manchen Streitigkeiten Veranlassung gegeben. So ist man schon darüber nicht einig, ob Beide, oder nur der curator bonorum als Vertreter der Gesammtgläubigerschaft anzusehen sind [57]). Die richtige Ansicht scheint die zu sein, daß Beide die Gesammtheit der Gläubiger repräsentiren, und zwar der curator litis in der Maße, daß er das Interesse dieser Gesammtheit gegen jeden einzelnen Gläubiger wahrnimmt, — jedoch ist nicht zu leugnen, daß man in den teutschen Gerichten es sehr oft als eine Pflicht des curatoris litis angesehen hat, auch das Beste des Gemeinschuldners insofern zu berücksichtigen, als er nicht gestatten soll, daß unwahre Forderungen im Concurse geltend gemacht werden, was mittelbar auch für den Gemeinschuldner von Nachtheil ist. Denn wenn hierdurch das Perceptionsquantum der wahren Gläubiger vermindert wird, so bleibt dann der Rest um so größer, den der Gemeinschuldner nach beendigtem Concurse, wenn er wieder zu besserem Vermögen kommt, zu vertreten hat. Man ist hierin von Seiten der Gesetzgebungen so weit gegangen, daß man hin und wieder dem Gemeinschuldner, wenn er der Rechtswohlthaten der Gütervertretung theilhaftig gewesen ist, gestattet hat, sein Creditwesen selbst zu vertreten. Früher hieß dieß so viel: es wurde gar kein curator litis eingesetzt, sondern der Gemeinschuldner verhandelte persönlich oder durch einen Bevollmächtigten mit den Gläubigern über die Richtigkeit ihrer Forderungen, auch wohl über die Stellung, die dem Einzelnen in Bezug auf Priorität zukam. Später hat sich dieß dahin verändert, daß der Gemeinschuldner nur noch das Recht behalten hat, den curator litis — der dann häufig vorzugsweise Concursvertreter oder auch verpflichteter Anwalt genannt wird — zu ernennen und dem Richter zu präsentiren. Der Ernannte wird aber von dem Richter, wie jeder andere Curator, für das Creditwesen verpflichtet und ist mithin in Bezug auf Verwaltung des Amtes ganz unabhängig von den Weisungen des Gemeinschuldners und ebenso selbstständig, wie der eigentliche curator litis. Das übrigens der curator litis, sei er vom Richter den Gläubigern oder dem Gemeinschuldner ernannt, nur als Repräsentant der Gläubiger, nicht aber des Gemeinschuldners angesehen wird, erkennt man vorzüglich daraus, daß man

---

57) Schweppe a. a. O., §. 102, achtet den curator litis für einen Stellvertreter der Gesammtheit der Gläubiger, Bayer a. a. O., §. 42, spricht ihm diese Eigenschaft ab.

allenthalben, wo gemeines Concursrecht gilt oder dieses wenigstens die nicht blos materielle, sondern auch formelle Grundlage des Landesconcursprozesses ist, den Gläubigern gestattet, die Thätigkeit jenes Curators überflüssig zu machen, indem sie sich gegenseitig ihre Forderungen zugestehen, ohne daß man einen Widerspruch des curator litis hiergegen beachtet, den man doch beachten müßte, wenn man ihn für den Repräsentanten des Gemeinschuldners hielte. — Daß in dieser ganzen Partie viel Inconsequenz herrscht, läßt sich freilich nicht leugnen. — Eine andere hierher gehörige nicht zweifellose Frage ist die: wenn zur Zeit der Eröffnung des Concurses Prozesse gegen den Gemeinschuldner anhängig sind, in welchen er entweder die Rolle des Klägers oder die des Beklagten über sich hat, — welche von diesen Prozessen sind durch den curator litis, und welche von dem curator bonorum fortzustellen? Gewöhnlich beantwortet man sie dahin [58]), daß, wenn der Gemeinschuldner Kläger war, die Weiterführung der Sache von dem curator bonorum, und wenn der Gemeinschuldner Beklagter war, von dem curator litis besorgt werden müsse. Dieß ist indessen nicht ganz genau. Zwar ist es richtig, daß allenthalben, wo der Gemeinschuldner Kläger war, der curator bonorum für ihn eintritt, insofern der Concurs den Rechtsstreit überhaupt fortstellen will; allein unrichtig ist es, daß der curator litis alle Prozesse fortzuführen habe, in denen der Gemeinschuldner die Rolle des Beklagten über sich hatte. Es ist dieß nur dann der Fall, wenn der Gegenstand des Prozesses ein solcher ist, der sich zur Liquidation im Concurse eignet, — nicht aber, wenn derselbe ein dingliches Recht (mit Ausnahme des Pfandrechtes) betrifft. War also gegen den Gemeinschuldner eine rei vindicatio, eine actio confessoria oder negatoria u. s. w. erhoben, so muß der curator bonorum sich der Fortführung des Prozesses unterziehen. Daß selbst solche Rechtsstreitigkeiten, in denen liquidable Ansprüche gegen den Gemeinschuldner verhandelt wurden, nicht immer als besondere Prozesse vom curator litis fortgesetzt werden, sondern daß der Concursprozeß jene gleichsam in sich aufnimmt, wird weiter unten, wo von der sogenannten vis attractiva concursus die Rede ist, besprochen werden.

In größeren Concursen hat der curator bonorum Gehilfen, welche verschiedene Namen führen. Zur unmittelbaren Verwaltung einzelner umfänglicher Geschäfte desselben, z. B. zur Fortstellung von Handlungen, Fabriken, oder auch zur Einziehung von Außenständen, die nicht füglich anders als auf kaufmännischem Wege eingezogen werden können, ernennt man Nebencuratoren, die hin und wieder, z. B. in Sachsen, vorzugsweise curatores massae genannt werden. Von ihnen verschieden sind die Sequester. Auch sie sind Verwalter einzelner zur Masse gehöriger Gegenstände, besonders einzelner Liegenschaften, aber auch des Handelsgeschäftes des Gemeinschuldners, wenn dieß letztere etwa nicht sogleich aufgelöst werden kann. Sie unterscheiden sich aber von den

---

58) Biener, systema processus §. 297. not. 1. ed. III. (§. 288. Note 1. der Ausg. von Siebdrat u. Krug.)

Massecuratoren im Wesentlichen dadurch, daß diese Letzteren eine Repräsentation der Gläubiger nach Außen hin haben, welche dem bloßen Sequester, der nur als Commis der Gläubigerschaft anzusehen ist, keineswegs zukommt. Der Gemeinschuldner selbst ist schon gemeinrechtlich von aller und jeder Theilnahme an der Verwaltung der Masse ausgeschlossen, — ein Grundsatz, der in vielen Particulargesetzgebungen ausdrücklich bestätigt ist und allenthalben in großer Ausdehnung aufrecht erhalten wird, wiewohl eine weise Gesetzpolitik eine gewisse Beschränkung desselben erfordert. Denn unstreitig hat der Gemeinschuldner ein sehr gegründetes rechtliches Interesse daran, daß eine möglichst hohe Summe aus der Masse gelöst und nicht durch willkürliche Verfügungen der Gläubigerschaft, etwa blos damit das Creditwesen schneller zum Ende komme, wichtige Ansprüche an dritte Personen gegen ein geringes Vergleichsquantum niedergeschlagen, Gegenstände von Werth unvorsichtig verschleudert oder sonst Maßregeln getroffen werden, die den Ertrag der Masse vermindern. Denn je weniger die Gläubiger aus der Masse bekommen, desto größer ist die Summe, die der Gemeinschuldner denselben, wenn er nach Beendigung des Concurses zu besserem Vermögen kommt, nachzuzahlen verpflichtet ist. Allerdings liegt ein Collisionsfall vor zwischen den dießfallsigen Rechten des Gemeinschuldners und den Rechten der Gläubiger, und im Zweifelsfalle werden die Letzteren dem Ersteren vorgehen müssen. Eine ganz unumschränkte Disposition über die Masse sollte jedoch den Gläubigern nicht gestattet werden, außer wenn sie auf das Nachmahnungsrecht verzichten oder der Gemeinschuldner bereits verstorben ist, wo die Nachmahnung von selbst wegfällt. Inzwischen wird, ungeachtet jenes Princips, es dem Gemeinschuldner nicht zu verwehren sein, gegen unangemessene Dispositionen der Gläubigerschaft wenigstens Vorstellungen zu machen, und der Richter ist verpflichtet, solchen Dispositionen seine Zustimmung zu versagen, wenn er sich überzeugt, daß durch dieselben dem Gemeinschuldner wirklich wehe geschieht, d. h. eine offenbare und bedeutende Verschlechterung der Masse herbeigeführt wird. — Die Wahl sämmtlicher Curatoren steht an und für sich den Gläubigern, die Wahl der Sequester aber dem curator bonorum zu, der jedoch hierbei natürlich den etwa ausgesprochenen Willen der Gläubiger zu befolgen hat. Jedoch ist in Teutschland dieses Recht der Gläubiger fast gänzlich auf das Concursgericht übergegangen, was seinen Grund darin hat, daß die Curatoren, wenigstens der curator bonorum, und so auch die Sequester gleich beim Anfang des Creditwesens bestellt werden müssen, wo die Gemeinschaft der Gläubiger eigentlich nur erst der Idee nach und noch nicht in der Wirklichkeit besteht. Daß die Curatoren Rechtsgelehrte, namentlich imatriculirte Advocaten sein müßten, ist keine rechtliche Nothwendigkeit, ob es schon, so viel den curator bonorum und curator litis betrifft, fast durchgängig üblich, auch unstreitig zweckmäßig, ja, was den curator litis betrifft, wenigstens factisch beinahe unumgänglich nöthig ist, weil dessen Geschäft lediglich in solchen Handlungen besteht, die vor Gericht vollzogen werden müssen, und er also, da in den meisten Ländern fremde

rechtliche Angelegenheiten nur durch recipirte Advocaten vor Gericht verhandelt werden dürfen, sein Geschäft immer durch einen Dritten besorgen lassen müßte, wenn er nicht selbst Advocat wäre. — Der curator bonorum kann aus der Zahl der Gläubiger genommen werden. Bei den Massecuratoren (dieß Wort in dem oben angegebenen Sinne, als Gehilfen des curator bonorum, genommen) ist dieß an vielen Orten sogar gewöhnlich und gesetzlich, wie z. B. in Sachsen. Der curator litis hingegen darf der Natur der Sache nach kein Gläubiger sein. — Sequester kann Jeder werden, zu dem das Gericht oder die Gläubiger und ihre Curatoren Zutrauen haben, selbst der Gemeinschuldner, nur daß er dadurch keinen selbstständigen Einfluß auf die Verwaltung der Masse erlangt. Freilich wird der Fall nicht oft vorkommen, daß man dieses Amt dem Gemeinschuldner selbst überträgt. Indessen werden die Gläubiger bisweilen durch die Nothwendigkeit dazu gezwungen, etwa wenn zur Fortsetzung eines zur Masse gehörigen Geschäftes, eines Fabrikunternehmens u. dgl., gewisse technische Kenntnisse und Geschicklichkeiten gehören, die der Gemeinschuldner besitzt, und die sich in gleicher Maße bei keinem Dritten, der zu erlangen wäre, vereinigt finden. In solchem Falle wird auch wohl dem Gemeinschuldner ein Honorar für seine Bemühungen bewilligt. — Alle Curatoren und Sequester werden in Eidespflicht genommen.

Wirkungen des formellen Concurses. Die allgemeinen Wirkungen desselben lassen sich auf zwei Momente zurückführen. 1) Die sämmtlichen Gläubiger des Gemeinschuldners werden von dem Augenblicke der Concurseröffnung an als eine universitas betrachtet, so jedoch, daß nur derjenige Gläubiger die Rechte eines Mitgliedes dieser universitas wirklich genießt, der gewisse Bedingungen erfüllt, namentlich bis zu einer bestimmten Zeit erklärt, daß er an dem Creditwesen Theil nehmen wolle. 2) Sämmtliche übertragbare Vermögensrechte des Schuldners gehen mit dem Augenblicke der Concurseröffnung auf diese Gesammtheit seiner Gläubiger zu dem Zwecke ihrer unter gewissen gesetzlichen Bedingungen und Regeln daraus zu bewirkenden Befriedigung über. Ad 1. Die Gläubiger bilden eine universitas, sie sind also nicht aus dem Gesichtspunkte bloßer Litisconsorten zu betrachten. Diese Idee lag schon dem neueren Concursrechte der Römer, wie es sich unter den späteren Kaisern, seit die distractio bonorum üblich und bald die alleinige Form des Concursverfahrens wurde, zu Grunde, — nur daß sie sich nicht in allen ihren Consequenzen so vollständig, wie später in Teutschland, ausgebildet hat. Jetzt aber lassen sich die Erscheinungen des Concursverfahrens, wie sie die Praxis allenthalben darstellt, — es läßt sich namentlich das Verhältniß der Gläubiger zur Masse und zu dritten Personen nicht füglich anders einsehen und vernünftig begreifen, als wenn man die Gesammtheit der Gläubiger als eine moralische Person betrachtet, die mit der Eröffnung des formellen Concurses ihren Anfang nimmt, deren Zweck die nach gewissen Regeln zu bewirkende Befriedigung jedes einzelnen Gläubigers ist und die nach Erreichung dieses Zwecks, d. h. nach gänzlicher Vertheilung der Masse

unter die Mitglieder jener universitas sich wieder auflöst. Die wichtigste Folgerung aus dieser Ansicht ist die, daß in allen Angelegenheiten, welche sich auf jenen gemeinschaftlichen Zweck beziehen, die Stimmenmehrheit der Mitglieder entscheidet; nur wird diese Mehrheit nicht nach der Kopfzahl, sondern in derselben Maße berechnet, wie oben in Gemäßheit von L. 7. §. 17. 18. 19. — L. 8. 9. 10. D. de pactis. (2. 14.) — L. 58. §. 1. D. mandati (17. 1.) in Beziehung auf den Vergleich gesagt worden ist, nämlich zuerst nach der Größe der Summe, und nur wenn diese auf beiden Seiten gleich stark ist, nach der Kopfzahl der Gläubiger. Wäre auch diese gleich stark, so würde die Meinung derjenigen Hälfte entscheidend sein, unter welcher sich die Vornehmsten befänden, — welche letztere Regel jedoch, wie ebenfalls schon oben bemerkt worden ist, heutzutage wohl kaum beachtet werden dürfte, und in Teutschland wohl zu keiner Zeit beachtet worden ist. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß diese Entscheidung der Mehrzahl nicht über den Gesammtzweck der universitas hinaus erstreckt werden kann, und die Regeln, nach welchen die Grenzen zwischen dem Rechte der einzelnen Gläubiger und der Gesammtheit beurtheilt werden müssen, sind hier gerade dieselben, wie bei anderen universitatibus in den Verhältnissen des einzelnen Mitgliedes zur Gesammtheit[59]), nur daß, wie sich von selbst versteht, bei der universitas creditorum die Anwendung jener Grundsätze sich nach dem besonderen Zwecke dieser universitas modificirt. Indessen gelten doch ganz uneingeschränkt folgende Sätze. 1) Quod universitas debet, id non debent singuli — und: quod universitati debetur vel quod possidet universitas, id non singulis debetur nec singuli possident. Es kann also, wenn ein Concurs (dieß Wort in dem Sinne genommen, wo es die Gesammtheit der Gläubiger bedeutet) Geld borgt, immer nur der curator bonorum, und zwar auf Bezahlung aus der Masse, nicht aber können die einzelnen Gläubiger, etwa auf Zahlung pro rata, belangt werden, wenn sie sich nicht ausdrücklich dazu verbindlich gemacht haben. Ebenso kann ein Activum der Masse nicht von dem einzelnen Gläubiger pro rata eingetrieben oder ein körperlicher Gegenstand antheilig veräußert werden. 2) Die Gesammtheit der Gläubiger hat nur über die Masse zu verfügen, keineswegs aber über die Forderungsrechte der einzelnen Gläubiger. Sie kann daher keine Vergleiche schließen, wodurch z. B. das Recht des Einzelnen aufgegeben würde, den Schuldner, wenn er in bessere Vermögensumstände kommt, auf den Theil der Schuld zu belangen, der im Concurse nicht befriedigt wurde. Aber auch das Recht der Disposition über die Masse ist nicht ohne alle Grenzen, sondern theils abhängig von der Genehmigung des Concursrichters, welcher als die oberaufsehende Behörde jener universitas zu betrachten ist (s. weiter unten, wo vom Concursrichter gesprochen wird), theils beschränkt

---

59) Haubold (Gaudlitz), de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. in Haubold opusc. academ. vol. II. p. 547 sq.

durch den Zweck des Concursverfahrens überhaupt. Dieser Zweck ist kein anderer, als möglichst hohe Befriedigung jedes einzelnen Gläubigers. Daher würde einer Disposition, welche mit diesem Zwecke unvereinbar wäre, auch der einzelne Gläubiger mit Rechtswirkung widersprechen können, z. B. wenn durch Stimmenmehrheit beschlossen würde, einem Dritten aus der Masse ein wirkliches Geschenk zu machen. Nicht ganz dasselbe gilt, wenn das, was die Mehrzahl beschließt, nicht absolut unvereinbar mit dem Zwecke des Concurses ist, sondern es sich nur darum handelt, ob eine gewisse Art und Weise des Verfahrens geeignet sei, den Gesammtzweck zu fördern oder nicht. Hier wird sich zwar in der Regel der Einzelne der Stimmenmehrheit unterwerfen müssen, jedoch wird es ihm freistehen, sich an den Concursrichter zu wenden, und diesen zu bitten, dem unzweckmäßigen Verfahren seine Zustimmung zu verweigern. Der Richter aber wird in zweifelhaften Fällen, diejenigen Maßregeln anordnen müssen, durch welche, soweit dieß möglich ist, den beiderseitigen Ansichten, sowohl der des einzelnen Gläubigers als auch jener der Mehrzahl, Genüge geschieht. Wenn also z. B. die Mehrzahl, um einen Prozeß mit einem Masseschuldner zu beendigen, sich mit diesem auf eine geringere Summe, als er schuldig ist, vergleichen will und die Minderzahl oder ein einzelner Gläubiger diesem Vergleiche widerspricht, weil man glaubt, daß durch Fortsetzung des Prozesses ein Mehreres für die Masse erlangt werden könne, so wird der Richter den Dissentienten freizustellen haben, ob sie binnen einer ihnen zu setzenden Frist dasselbe Vergleichsquantum, das der Masseschuldner anbietet, bewilligen und erlegen wollen, wogegen ihnen dann von der Gesammtheit der ganze Anspruch an den Schuldner abzutreten und zur Ausführung für eigne Rechnung zu überlassen sein wird. Nach denselben Grundsätzen ist zu verfahren, wenn die Mehrzahl dieses oder jenes Recht der Masse gar nicht geltend zu machen für gut findet, während die Minderzahl die Ausübung desselben, z. B. die Einklagung einer zweifelhaften Schuld, für vortheilhaft achtet. Auch hier wird dem Einzelnen die Ausführung für eigne Rechnung zu gestatten sein, versteht sich insofern das Recht selbst ein solches ist, das seiner Natur nach von dem Einzelnen ausgeübt werden kann, — denn stünde z. B. die Frage, ob der Concurs als Besitzer eines zur Masse gehörigen Grundstücks eine Servitut gegen das Nachbargrundstück geltend machen solle oder nicht, so würde eine solche Ueberlassung des Rechtes an Einzelne wegen der Natur des Rechtes selbst unmöglich sein. Auch in vielen anderen Fällen wird sich ein, die verschiedenen Ansichten vereinigendes Mittel nicht auffinden lassen, z. B. wenn die Mehrzahl von gewissen gesetzlichen Formen, die jedoch eine Abänderung durch den Privatwillen zulassen, abgehen, z. B. die Subhastationsfristen abgekürzt wissen will, und die Minderzahl diesem Beschlusse widerspricht. Hier ist die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit gänzlich dem Ermessen des Richters überlassen, wiewohl er immer sicherer gehen wird, wenn er bei seiner Resolution sich an den Rechtssatz hält: melior est conditio prohibentis. — Uebrigens genießt die universitas creditorum im Prozesse mit dritten Personen — wären

diese selbst auch Mitglieder der Gläubigerschaft — alle Rechtsvortheile, welche moralischen Personen überhaupt zustehen, — namentlich das Recht, sich durch eine physische Person vertreten zu lassen, wo dann der Vertreter als wirklicher Repräsentant, nicht als bloßer Bevollmächtigter erscheint. Durch diese Stellvertreter werden auch vorkommenden Falls Eide geleistet, nicht, wie in vielen Particulargesetzgebungen bei universitates sonst wohl üblich ist, durch einige oder alle Mitglieder des Vereins. Eine gleichfalls hierher gehörige Folge der rechtlichen Natur des Concurses als einer universitas ist die demselben und seinen Curatoren zukommende Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Besonders ist endlich noch auf den oben schon angedeuteten Umstand aufmerksam zu machen, daß eine universitas creditorum schon mit dem Augenblicke der Concurseröffnung als existirend betrachtet wird, obgleich in diesem Augenblicke noch ungewiß ist, wer zu ihr gehört. Denn selbst die bekannten Gläubiger des Gemeinschuldners können noch nicht definitiv als Mitglieder jener Collectivperson angesehen werden, sondern sie sichern sich diese Mitgliedschaft erst, indem sie der zu erlassenden Edictalcitation Genüge leisten, namentlich also bis zu dem Edictaltermine oder in demselben ihre Forderungen wenigstens anmelden und dadurch zu erkennen geben, daß sie an den Vortheilen, welches das Concursverfahren den Gläubigern bietet, namentlich und hauptsächlich also an der Distribution der Masse Antheil nehmen wollen. Inwieweit die Pfandgläubiger als eigentliche Mitglieder der Gesammtgläubigerschaft anzusehen sind, wird später untersucht werden.

Die zweite Hauptwirkung der Concurseröffnung ist die, daß sämmtliche übertragbare Vermögensrechte des Schuldners sofort auf die Gesammtheit der Gläubiger übergehen. Unter welchem Titel dieß geschehe, mithin auch, welches das rechtliche Verhältniß der Gläubigerschaft zur Masse überhaupt sei, ist eine vielfach bestrittene und vielfach verschieden beantwortete Frage. Da gegenwärtig nicht auf eine vollständige Darstellung der Geschichte jener Controverse eingegangen werden kann, so beschränkt man sich auf folgende Andeutungen. Die Meinungen theilen sich in zwei Hauptrichtungen. Die meisten älteren Juristen [60]) nahmen an, oder schienen wenigstens anzunehmen, daß die Gläubiger titulo universali in das Vermögen des Schuldners succedirten. So sagt noch Hommel, rhaps. obs. 193, der curator bonorum vertrete die Stelle des alten emtor bonorum, der allerdings Universalsuccessor war. Daß diese Ansicht ganz unhistorisch ist, geht schon aus dem Obigen, und aus der dort zu lesenden Bemerkung hervor, daß die emtio

---

60) z. B. Mevius P. III. Dec. 329. P. IV. D. 145. N. 1. P. V. D. 286. N. 5. P. VII. D. 106. N. 3. P. IX. D. 66. Leyser med. ad pand. spec. 173. med. 4. u. sp. 220. m. 6. — Unter den Späteren siehe Schorch diss. an creditores orto concursu conductionem creditoris, qui bonis cessit, continuare teneantur. Erford. 1774. Wiesand progr. de concursu creditorum obaerati debitoris vice fungente, in opusc. p. 232 sq. Püttmann in adversar. l. I. cap. XIII. p. 206 sq.

bonorum per universitatem zur Zeit Justinian's längst außer Uebung gekommen und von der distractio bonorum, bei der es keinen emtor mehr gab, verdrängt worden war. Die Neueren haben sich meistens dafür entschieden, daß der Eintritt der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners titulo singulari geschehe. Auch schon unter den Aelteren pflichteten Einige dieser Meinung bei, theils unbeschränkt, theils für den Fall, daß der Concurs nicht durch cessio bonorum seinen Anfang genommen, sondern auf Antrag der Gläubiger, oder auch ohne diesen Amtshalber vom Richter eröffnet worden sei. Denn für den Fall der cessio bonorum glaubten Manche unbedingt eine Universalsuccession annehmen zu müssen. Sie verstanden nämlich den Ausdruck „cessio bonorum" in dem Sinne, wie man etwa von einer Cession der Forderungsrechte spricht. Diesen Sinn hat jedoch jener Ausdruck gar nicht, wie man schon daraus deutlich sieht, daß, wenn man statt des Substantivs „cessio" das Zeitwort „cedere" braucht, man nicht sagt: debitor cedit bona, sondern debitor cedit bonis, — er überträgt nicht seine Güter (auf die Gläubiger), sondern er weicht aus seinen Gütern. Prüft man nun die Gründe der einen und der anderen Ansicht, so ergibt sich sofort, daß von dem Augenblicke an, wo die Form der emtio bonorum verschwand und die distractio bonorum an ihre Stelle trat, von einer successio universalis creditorum in bona debitoris eigentlich gar nicht mehr die Rede sein konnte. Wollte man die Gesammtheit derjenigen Gläubiger, welche an dem Concurse Antheil nahmen, um sich aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Befriedigung zu verschaffen, in dem Sinne als Universalnachfolgerin betrachten, als ob sie gleichsam Erbin des Gemeinschuldners geworden wäre, so würde daraus folgen, daß die Verbindlichkeiten des Schuldners vollständig auf die Gläubigerschaft übergingen[61]), daß mithin diejenigen Gläubiger, welche sich nicht an diese Gemeinschaft anschließen, das Recht hätten, jene Gesammtheit zu nöthigen, ihnen den vollen Betrag ihrer Forderungen zu gewähren. Es würde also folgender Fall eintreten können: Ein Gemeinschuldner besitzt eine Masse von 10,000 Thalern an Werth und hat 20,000 Thaler Schulden. Die Gläubiger A, B, C, D, welche zusammen 10,000 Thlr. an ihn zu fordern haben, übernehmen die Masse als Concursgläubiger. Die Gläubiger E, F, G, welche ebenfalls 10,000 Thlr. zu fordern haben, melden sich nicht, und schließen sich der Gemeinschaft von A, B, C, D nicht an, sondern klagen gegen sie als gegen Universalsuccessoren des Schuldners. Hier würden A, B, C, D verurtheilt werden müssen, die ganze Masse zur Be-

---

61) Daß die Pflicht diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, nicht auf die Gläubigerschaft übergehen könne, ist allerdings unbestreitbar, und wird im Texte gezeigt. Damit ist aber nicht gesagt, daß den Gläubigern nicht eine gewisse Pflicht obliege, die Existenz derjenigen Verbindlichkeiten anzuerkennen, welche der Schuldner anerkannt hat. Daß eine solche Pflicht allerdings angenommen werden muß, wird weiter unten, wo von der Regel: Concursus sistit processus, und der sogenannten vis attractiva des Concursus die Rede ist, nachgewiesen werden.

friedigung von E, F und G zu verwenden, und es würde sich also das vernunftwidrige Resultat herausstellen, daß die Gläubiger, welche sich gemeldet hätten, nichts, und diejenigen, welche sich nicht gemeldet hätten, Alles bekämen. — Somit ist es klar, daß der Eintritt der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners schlechterdings keine successio universalis sein könne. Soll er nun überhaupt eine successio sein (was freilich Manche leugnen), so muß er nothwendig eine successio singularis sein. Aber auch hier sind die Meinungen wiederum darüber verschieden, welches der Titel dieser Succession sei. Viele [62]) nehmen an, daß die Gläubiger blos titulo pignoris praetorii das Vermögen des Gemeinschuldners übernehmen. Andere[63]) halten ihre Succession für eine successio in dominium. Noch Andere wollen weder ein Pfandrecht noch ein Eigenthumsrecht der Gläubiger, also gar keine Succession anerkennen. Sie gehen von dem Grundsatze aus, daß der Schuldner bis zum wirklichen Verkaufe seiner Güter das Eigenthum an denselben nicht verliere, — erklären die Annahme eines neu entstehenden Pfandrechtes für ungeeignet in Beziehung auf die älteren Pfandgläubiger, die doch auch nach heutigem Rechte dem Concurse, wenigstens wenn sie Hypothekarier sind, beitreten müssen, — nehmen zur Aushilfe ein unbeschränktes Dispositionsrecht der Gläubiger an[64]), dessen Natur und Rechtsgrund sie nicht näher bezeichnen.

Soll die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten zu einem wissenschaftlich begründeten und zugleich praktisch brauchbaren Resultate führen, so muß vor Allem die Lehre des römisch-Justinianischen Rechtes von den Ansichten des teutschen Rechtes unterschieden werden. — Nach den Bestimmungen der Pandekten und des Codex kann es keinen Augenblick zweifelhaft sein, 1) daß die Gläubiger nicht titulo universali in das Vermögen des Schuldners succedirten; 2) daß das Recht, welches sie erlangten, bei der missio (und wahrscheinlich auch bei der cessio bonorum) in einem mit unumschränktem Fruchtgenusse verbundenen[65]) pignus praetorium und der Erlaubniß, sich aus den Gütern des Cridars bezahlt zu machen und sie zu dem Ende in baares Geld zu verwandeln (der venditio), bestand; 3) daß dieses Pfandrecht sich zu keiner Zeit während der ganzen Dauer des Concursverfahrens in ein Eigenthumsrecht verwandelt, daß auch eben so wenig die Gläubiger wirk-

---

62) Kind, quaest. tom. IV. cap. 18. und die daselbst für diese Meinung citirten Schriftsteller.

63) Kori, Bd. I, Th. I, §. 49, der den Concurs aus dem Gesichtspunkte einer allgemeinen datio in solutum betrachtet, doch mit der Bemerkung, daß bis zum Verkaufe der Güter des Gemeinschuldners nach römischem Rechte weder ihm noch den Gläubigern schlechterdings das Eigenthum zugesprochen werde.

64) Schweppe §. 59. Bayer §. 29. (Nach Schweppe's Ansicht sollen die Gläubiger Repräsentanten des Cridars sein, aber zum eignen Vortheile und zum Zweck ihrer Befriedigung.) Schenk, über den Uebergang des Vermögens des Gemeinschuldners u. s. w. in Linde, Marezoll u. Schröter's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. XIII, H. 1, S. 67 flg.

65) L. 8. §. 1—3. D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5.)

liche Inhaber der dem Schuldner zustehenden Forderungsrechte wurden. Vielmehr verblieben die Eigenthumsrechte und ebenso die Forderungsrechte nach wie vor unverändert dem Gemeinschuldner bis zu dem Augenblicke, wo die Sachen durch Verkauf auf dritte Personen übertragen wurden und die Forderungen durch die von den Schuldnern an die Gläubiger des Gemeinschuldners geleistete Zahlung erloschen [66]). Hieraus erklärt sich, daß die Gläubiger zwar die Güter verkaufen und die Forderungen einziehen durften, daß aber dessen ungeachtet, wenn der Gemeinschuldner auch nach der missio oder cessio, aber noch vor der wirklichen venditio über eine zu seinem Vermögen gehörige Sache oder Forderung persönlich verfügte, diese Verfügung an und für sich keineswegs null war, sondern nur unter den oben angegebenen Umständen und Bedingungen von den Gläubigern mit der Paullianischen Klage rescindirt werden konnte, — daß die Gläubiger ein vom Gemeinschuldner geschlossenes und zur Zeit der missio oder cessio bereits bestehendes Pachtverhältniß nicht sofort auflösen durften, sondern bestehen lassen mußten [67]), bis es zum wirklichen Verkaufe der Sache kam, an welchem sie jedoch durch jenen Pacht keineswegs gehindert waren, — daß sie das Retentionsrecht eines Dritten in einer ausgedehnteren Maße, als dieß heutzutage der Fall ist, respectiren mußten u. s. w.

Allein jenes römische Princip über den Rechtstitel, unter welchem die Gläubiger in den Besitz des Vermögens ihres Schuldners eingewiesen werden, hat sich in Teutschland wesentlich verändert. Dieß ist von allen neueren Schriftstellern [68]) einstimmig anerkannt. Zwar ist man auch darüber einverstanden, daß in Teutschland, so wenig als in Rom unter Justinian, von einer Universalsuccession der Gläubiger die Rede sein könne. Welche sonstige Grundlage aber jenem Principe zu substituiren sei, darüber ist man völlig uneinig. Die am Natürlichsten sich darbietende Annahme, daß die Gläubiger in das Eigenthum des Vermögens ihres Schuldners eintreten, glaubte man zurückweisen zu müssen, weil sie mit dem römischen Rechte unvereinbar war [69]), und weil man sich nicht erklären konnte, wie sie in das teutsche Recht

---

66) L. 26. D. de pignoraticia actione. (13. 7.) L. 35. D. de rebus auct. iud. poss. Hefftter, Institt. S. 568, Nr. 8 a. E. W. H. Puchta, über den Concursprozeß, S. 17, Note n, und S. 285, Note b. L. 12. D. ex quib. caus. in poss. eat. L. 3. D. cess. bon. (42. 3.) L. 4. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.) Vergl. Kind quaest. l. c. Bayer §. 29, S. 94, vergl. auch J. G. Bauer opusc. 1. Nr. 37. p. 397 sq.

67) L. 8. §. 1. D. de rebus auct. iud. poss.

68) S. vorzüglich Schenk's oben angeführte Abhandlung in der Linde-Marezoll-Schröter'schen Zeitschrift. Vergl. Schweppe §. 56. Bayer §. 29.

69) Diese Zurückweisung geschah bisweilen auf eine Art, die einem Anathema ähnlich sah. So glaubte z. B. Schweppe, in seinem System des Concurses, §. 8, S. 16 flg., einen um das sächsische Concursrecht vielfach verdienten Schriftsteller (Kori) nicht empfindlicher tadeln zu können, als indem er ihm vorwürfe: daß er den Gläubigern ein Eigenthum an der Concursmasse beilege, und aus dieser Ansicht in dem ganzen Werke argumentire.

hineingekommen sei. Und dennoch scheint jene Ansicht (nur gehörig beschränkt) die einzig richtige zu sein, auch liegt ihre Erklärung gar nicht so fern, als es auf den ersten Anblick scheint. Sie beruht nämlich auf einer, freilich irrigen, aber doch früher fast allgemeinen Ansicht über das römische Concurswesen. Weil nämlich die missio in possessionem durch ein Decret geschah und zur wirklichen venditio eine anderweite Erlaubniß des Prätors nöthig war, so nannte man das Erstere: primum decretum, und die Ertheilung der Erlaubniß zur venditio: secundum decretum. Hieraus entwickelte sich die Meinung, daß es beim Concurse eine doppelte missio gegeben habe, eine ex primo decreto und eine ex secundo decreto. Schon die Glossatoren scheinen von diesem Irrthume nicht frei gewesen zu sein, wie sich aus vielfachen Stellen der Glosse ergibt [70]); wenigstens sind sie schon frühzeitig so verstanden worden, als ob sie jene Meinung gehabt hätten. So sagt z. B. der in der Note angeführte Daoyz: missio in possessionem ex primo et secundo decreto fit, titulo: quibus ex causis in possessionem eatur . . . missio in possessionem ex secundo decreto, quae fit per venditionem, ita demum fit, si latitet (debitor). Diese Meinung theilten nun fast alle älteren Juristen, und sie hat sich bis auf die neuere Zeit erhalten [71]). Nun ist in einem ganz anderen Falle allerdings von einer missio ex primo und ex secundo decreto in der Maße die Rede, daß durch das decretum secundum der missus vom Prätor zum dominus gemacht und in conditionem usucapiendi gesetzt wird, nämlich wenn die in L. 15. §. 15. 16. 17. D. de damn. inf. (39. 2.) und L. 1. pr. D. de fundo dotali (23. 5.) erwähnten Umstände eintreten, d. i. wenn Jemand cautionem damni infecti verlangt, der Besitzer der Sache sie nicht leistet, und nunmehr Jener durch das secundum decretum in den Besitz der res ruinosa gesetzt wird. Vielleicht hat man sogar L. 2. D. si ex nox. causs. im Auge gehabt, nach welchem Gesetze der Sclave, der in noxali causa von seinem Herrn nicht vertheidigt wurde, in bonis des Klägers zu sein anfing. Was nun für diese beiden oder eigentlich nur für den ersten jener einzelnen beiden Fälle gesagt war, — nämlich daß durch das secundum decretum das Eigenthum einer Sache, oder doch die conditio usucapiendi auf einen Dritten übertragen werde, — das verstand man in einem allgemeinen Sinne, und weil man nun beim Concurse auch ein decretum primum und secundum annahm, so war nichts natürlicher, als daß man auch ein Eigenthum der Gläubiger von dem Augenblicke des vermeintlichen decreti secundi an statuiren zu müssen glaubte. Da man ferner im neueren Concurse sich beide Decrete als gleichzeitig oder doch unmittelbar hinter einander folgend dachte, über-

---

70) S. Stephani Daoyz index et summa omnium, quae continentur tam in textu, quam in glossa (Colon. Allobrog. 1612.) s. v. decretum — missio in possessionem N. 4. — missus in possessionem N. 1. 2. 3. 5.

71) S. Dabelow, ausführliche Entwickelung u. s. w. S. 478. Kind quaest. ed. II. Th. IV. p. 107. Kori Bd. I, §. 7 u. 10. Glück XVIII. S. 37, S. 256.

haupt den Anfangspunkt des Concurses vom decreto secundo aus datirte [72]), so konnte man, ohne sich durch die entgegenstehenden Stellen des römischen Rechtes irren zu lassen, die Gläubiger sofort von der Concurseröffnung an ganz füglich als wahre Eigenthümer des Vermögens ihres Schuldners betrachten. Hatte der Concurs mit der cessio bonorum begonnen, so war dieser Irrthum, oder wenigstens diese Abweichung vom römischen Rechte noch leichter verschuldet und gerechtfertigt. Die meisten von denjenigen Rechtslehrern, welche eine Universalsuccession der Gläubiger in das Vermögen des Cridars vertheidigten, hatten eigentlich wohl nichts Anderes im Sinne, als Succession in das Eigenthum seines Gesammtvermögens, und sie nannten dieß nur um deßwillen eine Universalsuccession, weil sie, freilich wiederum irrigerweise, annahmen, daß derjenige, der Jemandes ganzen Vermögencomplex überkomme, auch nothwendig dem früheren Inhaber dieses Vermögens universaliter succediren müßte.

Aus dem Gesagten folgt indessen nur erst die Möglichkeit, daß man in Teutschland eine Succession der Concursgläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners angenommen haben könne. Es fragt sich aber immer noch, ob sich erweisen lasse, daß diese Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden sei. Für mehrere teutsche Provinzen läßt sich nun dieser Beweis direct führen, nämlich wo der curator bonorum z. B. die Grundstücke des Gemeinschuldners sich für die Gläubigerschaft zuschreiben lassen, oder, wo Allodialbeleihung üblich ist, sie in Lehn nehmen, — die Hypotheken, welche zur Masse gehören, auf seinen Namen übertragen lassen, die bei sonstigem Eigenthumswechsel üblichen Abgaben bezahlen muß u. s. w. [73]). Aber auch für den allerdings größeren Theil von Teutschland, wo dieß nicht der Fall ist, läßt sich der vollständige Beweis führen, wie die Idee, daß die Gläubiger als Eigenthümer in die Totalität des schuldnerischen Vermögens eintreten, das Grundprincip des heutigen Concurses sei. Zwar wird man sich schwerlich irgendwo auf ausdrückliche Gesetze berufen können. Dessen bedarf es aber auch nicht. Denn daß ein Satz in dem Geiste eines Instituts liege (was nichts Anderes sagen will, als daß er die unausgesprochene Grundansicht enthalte, aus welcher die in der Gesetzgebung ausgesprochenen oder sonst in den Rechten anerkannten einzelnen Bestimmungen hervor gegangen sind), wird am sichersten nachgewiesen, wenn man darthut, daß einzig oder doch am füglichsten und einfachsten, unter Voraussetzung jener Grundansicht die einzelnen Bestimmungen als ein in sich zusammenhängendes Ganze erscheinen [74]), und dieß

---

72) S. Kori Bd. I, Th. I, §. 33, S. 44 der zweiten Ausgabe.

73) S. Karsten, über die Verhältnisse eines Pachtinteressenten zu den Concursgläubigern des anderen Mitcontrahenten. Hamburg 1809.

74) Wenn Schweppe in seinem System des Concurses, §. 8, S. 16, nicht nur in Beziehung auf Gönner's Handbuch, von dem er dort spricht, sondern im Allgemeinen die Berufung auf den Geist des heutigen Concurses eine etwas leere nennt, so hat er nur so lange Recht, als dieser Geist, — diese Grundansicht, aus der die einzelnen Bestimmungen sich erklären lassen,

läßt sich hier vollständig darthun. Alle Rechtslehrer stimmen darin überein, daß diejenigen Dispositionen, welche der Schuldner nach Eröffnung des Concursverfahrens unternimmt, jetzt nicht mehr, wie in Rom, der Rescission durch die Paullianische Klage bedürfen, sondern ipso iure nichtig sind. Man bestraft sogar den Schuldner, der nach Eröffnung des Concurses sich an einem zur Masse gehörigen Gegenstande vergreift. — Derjenige, welcher an den bereits im formellen Concurse befangenen Gemeinschuldner etwas zahlt, wird, wenn er auch diese Zahlung bona fide leistet, und kein Gedanke an einen dolus da ist, nach heutigem Rechte dennoch nicht liberirt, sondern er wird zur nochmaligen Zahlung genöthigt; eine Erklärung des Gemeinschuldners, daß er einem seiner Schuldner etwas erlassen wolle, bedarf nach römischem Rechte, sie mochte vor oder nach der Concurseröffnung geschehen, der Rescission, und diese war nur zulässig, wenn die Erfordernisse der actio oder exceptio Paulliana vorhanden waren. Dieß gilt heutzutage nur, wenn der Erlaß vor der Concurseröffnung stattgefunden hat. Geschah er nachher, so ist er nichtig. Ganz das Gleiche gilt von einer, Seiten des Gemeinschuldners an einen seiner Gläubiger geleisteten Zahlung. Diese Beispiele ließen sich noch mit vielen anderen vermehren. Auch die Gesetzgebungen der einzelnen Länder enthalten mehrfältige Bestimmungen, welche sich nur aus der Annahme eines auf die Gläubiger übergegangenen Eigenthums, der Güter des Schuldners erklären lassen. So wird in der sächsischen neueren Prozeßordnung [75]) der Concurs als dasjenige Rechtssubject bezeichnet, gegen welches in einem gewissen Falle bei Subhastationen von Grundstücken ein Anspruch auf Gewährleistung geltend gemacht werden könnte (obgleich für den dort erwähnten einzelnen Fall jener Anspruch für unzulässig erklärt wird). In demselben Titel desselben Gesetzes (§. 4) heißt es, daß, wenn der Gemeinschuldner ein Gut besitze und dieß verpachtet habe, mit dem Ausbruche des Concurses der Pacht (wenn es die Gläubiger verlangen) für erloschen geachtet werden solle, und der Pachter seine Forderungen zu liquidiren habe. Man müßte alle diese und unzählige ähnliche Bestimmungen für lauter Ausnahmen, für reine Willkür erklären, wenn sich kein Satz ausfindig machen ließe, aus welchem sie sämmtlich mit Nothwendigkeit hervor gingen. Ein solcher Satz ist aber in der Behauptung enthalten, daß im heutigen teutschen Concurse durch die Concurseröffnung selbst das Eigenthum der ganzen Vermögensmasse auf die Gläubiger übergetragen werde. Daß die hypothekarischen Gläubiger jetzt ganz allgemein als verpflichtet gelten, sich beim Concurse zu melden, wenn sie nicht ihr Pfandrecht und ihren Anspruch an den Concurs zugleich verlieren wollen, — daß man in den meisten teutschen Ländern sogar den Faustpfandgläubigern die Ablieferung des Pfandes an die Concursmasse, obwohl mit Vorbehalt der prioritätischen Befriedigung (die aber immer

---

nicht deutlich aufgezeigt wird; wenn dieß aber geschieht, so ist nichts fruchtbarer, als die Beziehung auf den Geist eines Rechtsinstitutes.

75) Erläuterte Prozeßordnung ad tit. 39. §. 11.

von der Meldung ihrer Forderung beim Concurse abhängig ist) zumuthet, läßt sich ebenfalls weit eher aus der Ansicht eines Eigenthumsrechtes der Gläubigerschaft an der Masse, als aus dem Wesen unserer neuen Hypothekeneinrichtungen erklären. Wir haben also nur die Wahl, ob wir den Eigenthumsübergang als eine feststehende Ansicht des teutschen Rechtes anerkennen, oder eine regellose Willkür im neueren Concursrechte annehmen wollen, — und zwischen diesen beiden Annahmen kann die Entscheidung wohl nicht schwer sein. Allerdings hat die Gesetzgebung mancher Länder das altrömische Princip, daß die Gläubiger sich nur eines Pfandrechtes an dem Vermögen des Schuldners zu erfreuen hätten, ausdrücklich ausgesprochen; so heißt es z. B. in der allgemeinen Gerichtsordnung der preußischen Staaten[76]): „Durch die Concurseröffnung erlangen die Gläubiger zusammen genommen ein allgemeines Pfandrecht auf den ganzen Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner alsdann besitzt," — ein Satz, der unverkennbar dem römischen Rechte entnommen ist, — allein, wie er schon an sich auf den preußischen Concurs nicht gut paßt, da an demselben nicht blos, wie in Rom, die Chirographarier, sondern auch diejenigen Gläubiger, die schon ein Pfand oder eine Hypothek haben, Antheil nehmen müssen, so hat er auch in seinen Folgerungen in derselben Gesetzgebung, die ihn aufgestellt hat, so viele Abänderungen erlitten, daß er fast alle Wirksamkeit verliert.

Soll jedoch der Grundsatz, daß im heutigen Concurse die Gläubiger in das Eigenthum der Concursmasse eintreten, also Eigenthümer der körperlichen Sachen, die sich in derselben befinden, und Selbstgläubiger in Bezug auf die dem Gemeinschuldner an dritte Personen zuständigen Forderungen werden, so bedarf jener Satz noch einige nähere Bestimmungen. Es ist nämlich zu bemerken, daß die Concursgläubiger das Vermögen des Gemeinschuldners nur bekommen, um einen gewissen Zweck damit zu erfüllen, nämlich die Schulden desselben nach gewissen Regeln, und soweit es möglich ist, zu tilgen. Hieraus folgt, daß sie dasselbe nicht behalten und beliebig darüber verfügen, vielleicht gar daraus etwas verschenken oder dasselbe zerstören dürfen, sondern daß sie selbst gegen den Gemeinschuldner eine Verpflichtung haben, dasselbe auf diejenige Weise, welche jenem Zwecke am Besten entspricht, zu verwalten und baldthunlichst in's Geld zu setzen. Das Letztere ist im Allgemeinen stets für nothwendig zu achten, — es wäre denn, daß dasselbe aus lauter Dingen bestände, die einen festbestimmten Werth haben, und daß dieser Werth sich sofort durch die Rechnung als unzureichend zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger auswiese, — in welchem freilich wohl seltenen, aber doch denkbaren Falle[77]), es den Creditoren allerdings frei stehen würde, die Effecten des Gemeinschuldners ohne Weiteres unter

---

76) Th. I, Tit. 50, §. 31.

77) Z. B. wenn das ganze die Masse bildende Vermögen eines Schuldners in nichts weiter als in Staatspapieren bestünde, welche einen festen Cours hätten.

sich zu theilen. — Es folgt ferner, daß, wenn nach Befriedigung derjenigen, welche der Gemeinschaft der Gläubiger beigetreten sind, noch etwas übrig bleibt, dieß dem Gemeinschuldner zurückgegeben werden muß. — Die Art und Weise betreffend, wie dieß Vermögen auf die Gläubiger übergeht und der nach Beendigung des Concurses davon übrig gebliebene Rest in das Eigenthum des Schuldners zurückkehrt, so muß nach gemeinem Rechte wohl angenommen werden, daß Beides ipso iure geschieht, d. h. ohne daß diejenigen Förmlichkeiten beobachtet werden, welche sonst bei Uebertragung der Forderungsrechte oder des Eigenthums an Sachen nothwendig sind. Wenn jedoch in einzelnen Ländern das geschriebene oder ungeschriebene Recht dergleichen Formalitäten, z. B. Lehnsreichung der Grundstücke, Translation des Consenses bei Hypotheken u. s. w., beim Ausbruche des Concurses und dem Uebergange des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gläubiger für nöthig erklärt, so versteht es sich von selbst, daß eben diese Formalitäten auch dann beobachtet werden müssen, wenn jene Rechte nach beendigtem Concurse theilweise wiederum an den früheren Inhaber, den Cridar, zurückkehren sollten.

Als dritte Hauptwirkung, wenigstens des teutschen Concurses ist die sogenannte vis attractiva anzusehen, d. h. die Eigenschaft, vermöge welcher die gegen den Gemeinschuldner anhängigen einzelnen Prozesse sistirt und mit dem Concursprozesse vereinigt behandelt werden sollen (concursus sistit processus). Vergebens wird man ihren Ursprung in dem römischen Rechte suchen, dem sie völlig fremd ist. Sie beruht vielmehr auf einer, mit der Vorstellung, daß das Vermögen des Cridars in seinem ganzen Umfange auf die Gesammtheit der Gläubiger übergehe, eng zusammen hängenden Ansicht über die allumfassende Kraft des formellen Concurses, die man gewöhnlich seine Universalität nennt, und weshalb man ihn mit dem Namen eines iudicii universalis belegt[78]). Dieser Ausdruck ist nicht so zu verstehen, wie man ihn bisweilen in der Theorie des römischen Rechtes nimmt, sondern er soll andeuten, daß Ansprüche, hinsichtlich welcher der Forderungsberechtigte Befriedigung aus der Concursmasse haben will, in dem Concursprozesse verhandelt werden müssen. Hierauf beschränkt sich denn auch jene vis attractiva. Sie trifft also nicht diejenigen Prozesse, in welchen der Gemeinschuldner Kläger war, sondern nur diejenigen, worin er als Beklagter erschien, und auch diese wiederum nur insoweit, als sie einen zur Liquidation im Concurse geeigneten Anspruch betreffen, und zugleich der Kläger die Absicht hat, seine Befriedigung aus den, der Gläubigerschaft anheimgefallenen Vermögen des Schuldners zu suchen. Im Grunde heißt also die Regel: concursus sistit processus nichts weiter als: der Kläger kann in einem solchen Prozesse keine Execution in das, den Gläubigern überlassene Vermögen des Schuldners (die nunmehrige Concursmasse) suchen und überhaupt kein stärkeres Recht an

---

78) Gönner, Handbuch des gemeinen teutschen Prozesses, Bd. IV, Nr. LXXXII, §. 9, S. 515 flg.

demselben erlangen, als er im Augenblicke der Concurseröffnung bereits hatte. Will er aber den Prozeß gegen den Gemeinschuldner fortsetzen, ohne daß er Befriedigung aus der Concursmasse beabsichtigt, sondern etwa, um nach günstiger Beendigung des Rechtsstreites die Gelangung des Schuldners zu besseren Vermögensumständen abzuwarten, oder weil er die in diesem Prozesse erfolgende Entscheidung zur Begründung eines anderweiten Anspruchs gegen einen Dritten zu benutzen gedenkt, so ist ihm dieß völlig unverwehrt. Es tritt jedoch in Bezug auf die Klagsachen, welche im Augenblicke der Concurseröffnung gegen den Gemeinschuldner anhängig waren, eine ziemlich streitige Frage hervor, nämlich: Kann sich der Kläger, wenn er die bereits klagbar gemachte Forderung im Concurse liquidiren will, zur Begründung seiner Liquidation auf das gegen den Schuldner, ehe dieser in Concurs verfiel, schon eingeleitete Beweisverfahren, mit solcher Wirkung beziehen, daß die Gemeinschaft der Concursgläubiger dasjenige, was der ursprüngliche Beklagte, wenn er nicht in Concurs verfallen wäre, als Beweis oder Beweismittel gegen sich hätte gelten lassen müssen, ebenfalls gegen sich gelten lassen muß? Kann also namentlich der Kläger unter der Voraussetzung, daß er die geklagte Forderung beim Concurse liquidirt, verlangen, daß das in dem früheren Separatprozesse vielleicht schon begonnene Beweisverfahren, bei welchem an die Stelle des anfänglichen Beklagten nunmehr sein curator litis eintreten würde, fortgestellt und zu Ende gebracht, auch ein Urtheil darüber gesprochen, und das, was dieses Urthel als bewiesen anerkennt, auch gegen den Concurs als erwiesen angesehen werde? — Es kommt bei Beantwortung dieser Frage Alles darauf an, aus welchem Gesichtspunkte man die Gemeinschaft der Concursgläubiger im Verhältniß zum Gemeinschuldner betrachtet. Sieht man sie als eine dritte, ganz fremde Person an, welche das Vermögen des Gemeinschuldners titulo singulari, etwa wie ein Käufer, überkommen hat, so scheint es freilich consequent, zu sagen, daß das, was früher zwischen einem einzelnen Gläubiger und dem Gemeinschuldner verhandelt worden ist, jenes neuentstandene Rechtssubject, die titulo singulari succedirende Gläubigerschaft, gar nichts angehe, und daß es nur auf ihrem Gutbefinden beruhe, ob sie vielleicht in ihrem eignen Interesse und um sich selbst unnöthige Kosten zu ersparen, den zwischen einem einzelnen Kläger und dem Gemeinschuldner bisher geführten Particularprozeß aufnehmen und fortstellen, oder ob sie verlangen wolle, daß jener Kläger, insofern er nun als Liquidant auftritt, gegen sie von Neuem den Beweis beginnen müsse. Und dieß ist allerdings die Ansicht, welcher sich die, wiewohl in diesem Punkte sehr schwankende Praxis mehr zuneigt. Ging daher ein solcher Prozeß durch Beweis und Gegenbeweis, und stand er vielleicht in dem Augenblicke, wo der Concurs zu dem Vermögen des Beklagten ausbrach, dem Enderkenntnisse schon sehr nahe, so hat man ihn meistentheils vollends zu Ende führen lassen, wenigstens wenn der Beweis in der Hauptsache durch Zeugen geführt, und diese schon abgehört waren. In anderen Fällen dagegen, namentlich wenn der Beweis nur auf dem über die Klage angetragenen

Eide beruhte, hat man nach dem entgegengesetzten Principe erkannt. Allein so richtig es ist, daß die Gläubiger das Vermögen des Gemeinschuldners titulo singulari, also in eben der Maße, als ob sie es gekauft hätten, überkommen, — daß mithin die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners materiell auf sie nicht übergehen, sondern daß vielmehr die Befriedigung der einzelnen Gläubiger aus der Masse eine Art von iudicium communi dividundo ist, so ist doch auf der anderen Seite nicht zu leugnen, daß hinsichtlich des Beweises für die Existenz der Verbindlichkeiten die universitas creditorum nur als Fortsetzerin der Person des Gemeinschuldners anzusehen ist, d. h. daß sie gegen sich als bewiesen gelten lassen muß, was gegen den Gemeinschuldner erwiesen war, daß sie also auch den prozessualischen Stand des von einem Kläger unternommenen Beweises zum Nachtheile des Klägers nicht ignoriren darf, folglich daß sie, z. B. wenn der Gemeinschuldner, während er noch formell solvent war, den Grund einer gegen ihn erhobenen auf den Eid gestellten Klage zwar geleugnet, aber den Eid referirt hat, sich nun auch begnügen muß, wenn der Kläger das relatum leistet, und nicht verlangen kann, daß er etwa gegen die Gläubigerschaft einen förmlichen Beweis führe. Ebenso müßte sie es sich gefallen lassen, wenn der Gemeinschuldner noch vor Ausbruch des Concurses sich an der Antwort auf die Klage versäumt hätte, und zur Strafe des Ungehorsams des Klagegrundes für geständig zu achten wäre, gesetzt auch, daß noch keine rechtskräftige Entscheidung dieß ausgesprochen und ihn condemnirt hätte. Ausgenommen würde nur der Fall sein, wenn der Schuldner im Prozesse etwas zu seinem, und also nunmehr zu der Concursgläubiger Nachtheile unter solchen Umständen gethan oder unterlassen hätte, wo die Gläubiger gegen sein Thun oder Unterlassen, eine Restitution nach den Grundsätzen der Paullianischen Klage in Anspruch nehmen könnten.

Die speciellen Wirkungen der Eröffnung des formellen Concurses beziehen sich theils auf die Gläubiger, theils auf den Schuldner, theils auf dritte Personen, mit denen der Schuldner in irgend einer vermögensrechtlichen Verbindung gestanden hat, und es lassen sich jene Wirkungen in allen diesen Hinsichten theils mit besonderer Berücksichtigung des Rechtsgeschäftes an sich, theils in specieller Beziehung auf die genannten Personen betrachten.

Specielle Wirkungen des Concurses in Bezug auf den Schuldner selbst. Es ist hier der Zustand der Schuldner nach römischem Rechte von dem zu unterscheiden, in den dieselben nach teutschem Rechte verfallen. — Nach römischem Rechte blieb der Gemeinschuldner bis zur eigentlichen venditio bonorum Eigenthümer seines Vermögens. Die Gläubiger erhielten durch die missio in bona nur ein prätorisches Pfandrecht auf dasselbe, und später die Erlaubniß, es zu verkaufen. Es ist also das ganze römische Concursverfahren eigentlich nur aus dem Gesichtspunkte einer Execution in die Güter des Gemeinschuldners anzusehen, nur daß an den Vortheilen dieser Execution auch andere Gläubiger, als derjenige, der sie gesucht hatte, Antheil nehmen konnten. Nach teutschem

Rechte wird, wie oben gezeigt wurde, richtiger angenommen, daß der Schuldner das Eigenthumsrecht an seinem Vermögen verliert, und daß sämmtliche übertragbare Vermögensrechte desselben in dem Augenblicke der Concurseröffnung auf die Gläubigerschaft übergehen. — Dieser Unterschied hat wesentlichen Einfluß auf Beantwortung der Frage: welches Recht der Schuldner an dem Vermögen habe, das er nach Eröffnung des Concurses erwirbt. Es ist hier zu unterscheiden 1) das Vermögen, was ihm während der Dauer des Concurses zukommt, 2) das, was er nach Beendigung desselben erwirbt. Ad 1. Nach römischem Rechte ist die Frage: ob das, was der Schuldner nach der missio in bona oder nach der cessio bis zur wirklichen venditio erwarb, zur Concursmasse gehört habe, durch ausdrückliche Gesetze nicht entschieden. Nur so viel ist gewiß, daß der Schuldner nicht genöthigt werden konnte, etwas für die Masse zu erwerben, namentlich nicht, eine ihm angefallene Erbschaft anzutreten (noch weniger haben dieß die Gläubiger an seiner Statt thun können) [79]). Daraus würde jedoch noch nicht nothwendig folgen, daß die Gläubiger an das, was er dennoch wirklich erwarb, keinen Anspruch gehabt hätten. Auch nehmen in der That Manche [80]) an, daß es zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden sei, — aber, wie es scheint, aus Gründen, die sich nicht aus dem römischen Rechte, sondern nur aus dem Principe des neueren Concurses rechtfertigen lassen. Nach dem Wesen der missio läßt sich consequenter Weise wohl nichts Anderes behaupten, als daß sich dieselbe nur auf diejenigen Vermögensgegenstände bezog, welche Object einer Execution sein konnten, — also auf die schon erworbenen, zu welchen jedoch natürlich auch dasjenige gehörte, was der Gläubiger erst in diem oder sub conditione zu fordern hatte. Ebenso konnte die cessio keinen größeren Erfolg haben, als die missio, — der Schuldner konnte nicht aus Gütern und Rechten weichen, die er noch nicht hatte. Daraus würde nun folgen, daß dem Schuldner dasjenige, was er nach der missio in bona oder nach der cessio bonorum erwarb, fortwährend eigenthümlich gehört habe, und daß die Gläubiger wenigstens an und für sich und ipso iure daran nicht mehr Recht hatten, als an dem Vermögen, was dem Schuldner erst nach vollzogener venditio zufiel. — Nicht ganz dasselbe freilich würde nach teutschem Rechte anzunehmen sein. Gehen nämlich die gesammten Vermögensrechte des Schuldners, wie er sie im Augenblicke der missio oder cessio besaß, auf die Gläubiger über, so muß wenigstens das Recht, eine dem Schuldner bereits angefallene Erbschaft anzutreten, ebenfalls und zwar um so gewisser auf sie übergegangen sein, da heutzutage die formellen Hindernisse wegfallen, welche, nach dem älteren Rechte, dem durch einen Dritten zu bewirkenden Erbschaftsantritte entgegenstanden. Ist aber die Erbschaft dem Schuldner noch gar nicht angefallen, indem der Concurs ausbricht, — ist also der An-

79) L. 6. §. 2—5. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)
80) z. B. Gönner, Th. IV, Nr. LXXXII, §. 11. Dabelow, S. 538. Schweppe, §. 35.

spruch auf dieselbe noch kein Theil seiner Vermögensrechte, sondern etwa nur ein Bestandtheil seiner Familienrechte, welche auf die Gläubiger nicht übergehen, — so möchte auch heutzutage gemeinrechtlich wohl kaum ein Grund vorhanden sein, den Gläubigern die Befugniß zuzusprechen, eine solche Erbschaft ohne Weiteres zur Masse zu ziehen. Particulargesetze [81]) haben jedoch hieran gar Vieles geändert, und vielfältig den Gläubigern das Recht ertheilt, auch das, was dem Gemeinschuldner während des Concurses durch Erbschaft oder überhaupt titulo lucrativo zufällt, an sich zu nehmen und zu ihrer Befriedigung zu verwenden. Doch kann ein solches ius singulare der Gläubiger keinesfalls weiter ausgedehnt werden, als es durch die Worte der Gesetze bestimmt ist, — also nicht einmal von der Erbschaft auf jeden titulus lucrativus, geschweige denn auf den durch Geschäftsbetrieb gemachten Gewinn. Dieser letztere wird immer dem Gemeinschuldner verbleiben, außer wenn diejenigen Fälle eintreten, in welchen die Gläubiger auch schon nach vollbrachter venditio bonorum berechtigt sein würden, sich an diesen neuen Erwerb zu halten. Ad 2. In Ansehung desjenigen, was der Schuldner nicht zwischen der missio oder cessio und der venditio, sondern erst nach der vollbrachten venditio erwirbt, sind die Bestimmungen des römischen Rechtes ebenfalls nicht ganz klar. An und für sich nämlich wurde als Regel angenommen, daß derjenige, welcher bereits bonorum venditio erlitten hatte, wegen solcher Schulden die er schon vor dieser venditio gehabt hatte, später, nach derselben, nicht weiter belangt werden konnte, wenn auch die Gläubiger das Ihrige nicht vollständig bekommen hatten [82]). Zwar war der Schuldner nicht ipso iure als liberirt anzusehen, allein er hatte eine Exception gegen die ihn neuerdings verfolgenden Gläubiger. Diese Exception konnte jedoch durch eine Replik aufgehoben werden, wenn derselbe nach der ersten venditio wiederum etwas Bedeutendes an Vermögen erworben hatte. Alsdann konnten sowohl einzelne Klagen gegen ihn angebracht, als auch eine neue venditio bonorum verfügt werden. Was für bedeutend zu achten sei, wurde durch den Richter bestimmt. Jedenfalls konnte der Schuldner, dessen Concurs mit der cessio begonnen hatte, wenn er später etwas erwarb und neuerdings wegen früherer Schulden belangt wurde, nur in quantum facere poterat verurtheilt werden [83]). Alle diese Rechtswohlthaten kamen ihm nicht nur gegen diejenigen Gläubiger, welche sich beim Concurse gemeldet, sondern auch gegen diejenigen zu statten, welche sich nicht gemeldet hatten [84]), dafern nur ihre Forderungen vor dem Concurse entstanden waren. Zweifelhaft ist es nur, ob er dieselben auch dann genoß, wenn er nicht bonis cedirt, sondern

---

81) Z. B. in Sachsen Dec. 25. v. J. 1746.

82) L. 25. §. 7. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 6. 7. D. de cessione bonorum. (42. 3.) — L. 3. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis (7. 72.), vergl. mit L. 1. C. qui bonis cedere possunt. (7. 71.)

83) L. 4. pr. D. de cessione bonorum.

84) L. 4. §. 1. D. eodem.

der Concurs durch die missio in bona seinen Anfang genommen hatte. Dagegen konnte er von denen, welche erst nach dem Anfange des Concurses mit ihm contrahirt hatten, sofort und ohne Weiteres in Anspruch genommen werden[85]). — Das teutsche Recht ist im Ganzen von denselben Grundsätzen ausgegangen, und nur Eine Controverse hat sich hier erhoben, nämlich die: ob ein Gläubiger, dessen Forderung schon vor dem Concurse entstanden war, wenn er nach dessen Beendigung gegen den Gemeinschuldner klagen will, um die Klage zu begründen, anführen und beweisen müsse, daß der Schuldner zu besserem Vermögen gekommen sei, oder ob dieß zu Gunsten des Gläubigers präsumirt werde. Die Praxis ist hierin sehr schwankend. Meistens nahm man an, daß, wenn sich der Gläubiger beim Concurse gemeldet habe, in der späteren Klage, wenn sie rechtsbeständig sein solle, angeführt werden müsse, es sei der Schuldner wieder zu besserem Vermögen gekommen. Bei demjenigen Gläubiger hingegen, der sich im Liquidationstermine nicht gemeldet, und also aus der Masse nichts bekommen hatte, verlangte man dieß nicht. Diese Ansicht hat allerdings etwas für sich, wenigstens mehr, als eine andere, nach welcher man den im Concurse gemeldeten Gläubigern gestattet, ihr Nachmahnungsrecht sofort nach beendigtem Concurse geltend zu machen, und den Schuldner damit tröstet, daß sich ja bei der Execution finden werde, ob er so viel im Vermögen habe, als zu voller Befriedigung des Gläubigers nöthig sei[86]). — Zu bemerken ist hier endlich noch ein von Justinian in Nov. 135 eingeführtes beneficium eiurationis. Man nimmt gewöhnlich an, daß dieß bei jedem Concurse ohne Unterschied, wenigstens bei jeder cessio bonorum stattgefunden habe, — ja man benutzt jene Novelle sogar zum Beweise, daß, wenn während des Concurses dem Schuldner Erbschaften und Aehnliches zugefallen wären, dieß ohne Weiteres zur Masse gehört habe. Die Novelle selbst ist freilich so schlecht redigirt, daß es schwer ist, ihren wahren Sinn zu erkennen. Wahrscheinlich war jedoch der specielle Fall, den der Kaiser im Auge hatte, so beschaffen. Der Schuldner, ein gewisser Zosarius aus Mysien, hatte schon einmal bonis cedirt, und wurde von seinen früheren Gläubigern gedrängt. Er hatte nun ein Verzeichniß seines Vermögens herausgeben wollen (περσεκουτίωνος ἐπιδίδοσθαι λιβέλλους τῶν οἰκείων πραγμά-

---

85) L. 3. C. de bonis auctoritate iudicis possidendis (7. 72.), vgl. mit Basil. lib. IX. tit. VII. 52. Anderer Meinung ist Thibaut, civilist. Abhandlungen, S. 349 flg.

86) Diese Ansicht hatte man früher in den sächsischen Gerichten, — ja man ging so weit, daß man den Schuldner selbst dann ohne Weiteres condemnirte, wenn nach den besonderen Regeln der Prozeßform die Execution nicht gegen die Güter, sondern, wie im leipziger Handelsgerichtsprozesse, gegen die Person des Schuldners gerichtet, und dieser durch persönlichen Arrest zur Zahlung angehalten wurde. Jetzt ist man aber von dieser Meinung abgegangen, und verlangt sogar von dem Gläubiger, der sich nicht beim Concurse gemeldet hat, daß er die Gelangung des Schuldners zu besserem Vermögen nachweisen soll — es sei denn, daß der Anspruch auf einem Wechsel beruhe — wovon weiter unten.

των αὐτοῦ) um nachzuweisen, daß er keineswegs so viel besitze, um Nachzahlungen leisten zu können. Der Praeses provinciae aber, der unter diesen Umständen nicht mit der missio in bona gegen ihn verfahren konnte, hatte ihn durch Mißhandlungen zu einer zweiten cessio bonorum zwingen wollen, und dieß war es, worüber sich Zosarius bei dem Kaiser beschwerte. Daß von einer zweiten cessio die Rede ist, muß um deswillen für wahrscheinlich geachtet werden, weil der Kaiser es mißbilligt: *τὸν ἅπαξ ἐκτὸς τῶν αὐτοῦ γεγονότα αὖθις ἀσχήμονα τὸν βίον ἑαυτῷ περιτίθεναι* (eum qui semel rebus suis excidit [bonorum venditionem passus est] denuo in vitam indecoram coniici), — und er verfügt hierauf, daß in solchem Falle der Schuldner zu einem Eide gelassen werden solle, daß er nicht so viel besitze, um die geforderten Nachzahlungen zu leisten (*ὅθεν τὴν τοῦ χρέους ποιήσεται πλήρωσιν*). Wenn er jedoch etwa noch nicht realisirte Ansprüche auf Erbschaften oder Schenkungen auf den Todesfall u. s. w. hat (*τούτων ἔτι ἐντὸς μὴ κατέστη*), so sollen diese auf die Gläubiger dergestalt übergetragen werden, daß sie in seinem Namen die ihm deshalb zuständigen Klagen, der Schuldner mag anwesend oder abwesend sein, anstellen können (*εἰς πρόσωπον τοῦ ποτὲ τῶν δικαίων κυρίου τὰς ἐναγωγὰς ποιεῖσθαι, εἴτε πάρεστιν ὁ ὀφειλέτης εἴτε καὶ μὴ*)[87]). Uebersetzt man die Worte: *τῶν ποτὲ τῶν δικάιων κυρίου* mit Hombergk und der Vulgate durch: „des künftigen Inhabers dieser Rechte," so müßte man die Worte: *τούτων ἔτι ἐντὸς μὴ κατέστη* so verstehen: „(die Ansprüche auf Erbschaften u. s. w.) die ihm noch zur Zeit nicht angefallen sind," und der Sinn wäre dann allerdings der: daß in einem Falle, wie der des Zosarius war, den Gläubigern selbst Ansprüche auf solche Erbschaften, die dem Schuldner noch gar nicht angefallen sind, unter der Voraussetzung, daß sie ihm noch deferirt werden, zur dereinstigen Einklagung überlassen werden sollen. Daraus folgt aber nicht, daß dieß bei jeder cessio bonorum der Fall gewesen sei, sondern eher das Gegentheil. Von einem heutigen Gebrauche dieser Novelle kann nicht die Rede sein, da sie nicht glossirt ist.

Von dem beneficium competentiae, insoweit man hierunter nur so viel versteht, daß der Schuldner blos in id quod facere poterat condemnirt werden konnte, ist schon oben die Rede gewesen. Das übrige diesen Punkt Betreffende s. in dem Art. beneficium competentiae.

Wenn alle übertragbaren Vermögensrechte des Schuldners auf die Gläubiger übergehen, so versteht sich von selbst, daß auch die Rechte des Nießbrauches und ähnliche Befugnisse während des Concurses durch den curator bonorum für Rechnung der Masse ausgeübt werden, —

---

87) *Εἰς πρόσωπον* heißt nicht, wie die Vulgate und Hombergk will: contra personam eius, sondern, wie Schneider in der von Otto, Schilling und Sintenis redigirten Verteutschung des corpus iuris, und Heimbach in der Parallelstelle der Basiliken (lib. IX. tit. XVII. 18.) richtiger übersetzen: ex persona eius, im Namen dessen. Vgl. den Art. benef. eiurationis.

ingleichen daß der Schuldner nach beendigter venditio bonorum gegen diejenigen, welche ihm vor dem Beginn des Concurses etwas schuldig waren, keine Klagen erheben kann. Wenn indessen das Concursverfahren durch Distribution der Masse völlig beendigt und ein klagbarer Anspruch den Gläubigern bekannt gewesen und von ihnen nicht eingeklagt worden ist (etwa weil sie die Kosten nicht daran wenden wollten), so wird heutzutage dem Schuldner die Klage gestattet. Man pflegt dergleichen Gegenstände, mit denen die Gläubiger sich im Concurse nicht befassen wollen, „ausgelassene Güter" zu nennen.

Specielle Wirkungen des Concurses in Bezug auf die Gläubiger. Das Wesentliche geht schon aus dem oben Gesagten hervor. Einiges Einzelne, namentlich die Pfandgläubiger betreffend, wird weiter unten Platz finden.

Specielle Wirkungen des Concurses in Ansehung dritter Personen. Diese Wirkungen gestalten sich, wenn man das rein römische Concursprincip zu Grunde legt, in nicht wenigen Beziehungen anders als nach teutschem Rechte. Wir betrachten sie hier nach dem letzteren, und erwähnen die Abweichungen des reinen römischen Rechtes nur bei den wichtigeren Punkten. Im Allgemeinen gilt die Regel, daß der Dritte die Ansprüche, die er aus Obligationsverhältnissen an den Gemeinschuldner hat, gegen den Concurs niemals durch Klagen geltend machen kann, sondern nur entweder, indem er der Gemeinschaft der Gläubiger beitritt und seine Forderung liquidirt, — oder durch Exception. Die Exceptionen nämlich verbleiben ihm auch gegen den Concurs insoweit, als sie ihm gegen jeden anderen successor singularis des Schuldners verblieben sein würden. Dingliche Rechte hingegen (mit Ausnahme des Pfandrechtes) kann der Inhaber auch gegen den Concurs des Schuldners klagend verfolgen. Im Besonderen ist Folgendes als bemerkenswerth herauszuheben: 1) Mieth- und Pachtcontracte, welche der Gemeinschuldner mit dritten Personen, sei es als locator oder als conductor geschlossen hatte, können in Folge der eben aufgestellten Regel gegen den Concurs nicht geltend gemacht werden, wohl aber kann der Concurs, wenn er will, sie gegen den anderen Contrahenten geltend machen. (Daß er im letzteren Falle dann auch die Verbindlichkeiten erfüllen muß, die der Gemeinschuldner zu erfüllen gehabt haben würde, versteht sich von selbst.) Die Gläubiger sind successores singulares, auf welche das ganze Recht des Gemeinschuldners, — seine Verbindlichkeit aber nur insoweit übergeht, als sie Bedingung des Rechtes selbst ist. Nach römischem Rechte[88]) war dieß freilich anders, wenigstens in Bezug auf den Fall, wenn der Gemeinschuldner etwas vermiethet oder verpachtet hatte. Durch die missio in bona oder die cessio bonorum verlor der Gemeinschuldner, wie schon oft bemerkt worden, das Eigenthum seiner Sachen nicht: es konnten also auch die Gläubiger demjenigen, der sie von dem Gemeinschuldner in Besitz hatte, sie nicht wegnehmen, vielmehr konnte der Letztere sich durch die exceptio

88) L. 8. §. 1. D. de rebus auctoritate iudicis possidendis. (42. 5.)

des mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Contractes schützen. Allein nimmt man als Princip des neueren Concurses an, daß das Eigenthum der Güter des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergeht, so können sie den Pachter und Miethmann sofort nach Eröffnung des Concurses mit eben dem Rechte heraustreiben, mit welchem es ein Käufer gekonnt hätte. — Eine nicht unwichtige und ziemlich zweifelhafte Frage in Bezug auf den Fall, wenn ein Gemeinschuldner etwas, z. B. ein Landgut, an einen Dritten verpachtet und von ihm eine Caution bekommen hat, ist, ob der Pachter den Pachtgegenstand ohne Weiteres oder nur gegen Rückempfang der Caution zurückzugeben verbunden sei. Die Antwort kann im Allgemeinen nach neuerem Rechte nur die sein, daß der Pachter das Gut sofort zurückgeben und seine Caution beim Concurse liquidiren muß. Inwieweit er aber etwanige rückständige Pachttermine auf die Caution compensiren kann, soll weiter unten bei der Lehre von der Compensation im Concurse untersucht werden. — 2) Beim Kaufe gelten folgende Regeln: Hat A von B etwas gekauft, und der Kauf ist bereits von beiden Seiten erfüllt, so hat die später eintretende Insolvenz des einen oder des anderen Contrahenten gar keinen Einfluß auf das Geschäft, — es wäre denn, daß dasselbe mit der actio Paulliana angefochten werden könnte. Verfällt aber der Verkäufer in Concurs, ehe er dem Käufer die verkaufte Sache übergeben hat, so kann der Letztere sie nicht aus dem Concurse fordern, nicht einmal wenn er das Kaufgeld schon bezahlt hatte, sondern er kann nur den Schaden, den er dadurch erleidet, daß der Kauf unerfüllt bleibt, liquidiren. (Nach römischem Concursrechte ist dieser Satz nicht zweifellos.) Dagegen können die Concursgläubiger den Käufer, dafern sie bereit sind, demselben die verkaufte Sache zu übergeben, zur Erfüllung des Kaufes anhalten. Ebenso umgekehrt, wenn der in Concurs verfallene Schuldner Käufer war. In Sachsen und mehreren anderen Ländern, wo das Civileigenthum an Grundstücken nur durch die Allodialbeleihung übertragen wird, sollte consequenter Weise derjenige, der dem Gemeinschuldner ein Grundstück abgekauft hat, selbst dann, wenn er es vor Ausbruch des Creditwesens bereits übergeben erhalten hatte, dennoch gegen den curator bonorum nicht auf Lehnsreichung klagen können. Der Gerichtsbrauch hat jedoch die Strenge dieser Consequenz gemildert, und es findet in diesem Falle (nämlich wenn das natürliche Eigenthum des Gutes bereits auf den Käufer übertragen worden ist) die Klage auf Lehnsauflassung und Gestattung der Beleihung gegen den curator bonorum statt[89]). — 3) Die Frage: ob der, welcher etwas vor dem Concurse aus der Masse gekauft hat, im Fall es ihm evincirt wird, ein Recht auf Evictionsleistung gegen den Concurs hat, muß verschieden beantwortet werden, je nachdem man annimmt, daß das Recht

---

89) Bauer, pr. an creditores rem immobilem a debitore obaerato ante concursum venditam emtorique traditam non secuta resignatione iudiciali revocare possunt? In opusc. T. I. p. 424. Curtius, Handbuch des in Sachsen geltenden Civilrechtes, Th. 2, §. 544.

der Gläubiger an der Masse ein bloßes Pfandrecht, oder daß es ein Eigenthumsrecht sei. Statuirt man ein Pfandrecht, so fällt die Evictionsleistung weg; denn der Pfandgläubiger, welcher den verpfändeten Gegenstand verkauft, ist in der Regel von der Verbindlichkeit, die Eviction zu prästiren, frei. Achtet man aber die Gläubiger für Eigenthümer, so können sie sich der Gewährleistung der verkauften Sache keineswegs entziehen. Die Praxis hat sich in vielen Gegenden Teutschlands, namentlich in Sachsen, dafür, daß der verkaufende Concurs zur Evictionsleistung gehalten sei, ausgesprochen[90]), und es liegt hierin ein neuer Beweis, daß man, wenn schon gleichsam unbewußt, den Eigenthumsübergang des Vermögens eines Gemeinschuldners auf dessen Concurs angenommen hat. — 4) Cessionen von Forderungsrechten, welche vor dem Concursausbruche stattgefunden haben, werden wie Käufe beurtheilt. Hat also A dem B das Geld, für welches ihm B eine Forderung an den C cediren sollte, bereits übergeben, B hat aber noch nicht cedirt, und verfällt hierauf in Concurs, so hat A gegen die Gläubiger keine Klage auf Vollziehung der Cession, sondern muß seinen Schaden beim Concurse liquidiren. Zweifelhaft ist es, was Rechtens sei, wenn die zu cedirende Forderung mit Hypothek versehen ist, und B noch vor dem Ausbruche seines Concurses sie zwar an den A wirklich cedirt hat, aber die gerichtliche Uebertragung des Consenses unterblieben und der Cedent immittelst in Concurs verfallen ist. Nach der Analogie des nichtübertragenen Civileigenthums bei Grundstücken sollte billig dem Cessionar A gestattet sein, den curator bonorum des B durch Klage zu nöthigen, die Confirmation der Cession und die Uebertragung des Consenses auf den B noch nachträglich herbeizuschaffen. Allein die Praxis hat sich häufiger gegen diese Ansicht als für dieselbe erklärt. — 5) Eine ebenfalls sehr bestrittene Frage ist die, welches das Rechtsverhältniß dessen sei, der mit einem Insolventen in einem Societätsverhältnisse, besonders in einer Handelscompagnie gestanden hat, namentlich in folgendem Falle: A und B handeln in Compagnie; sie haben beide gleiche Antheile an dem Geschäfte; der ganze Betrag der Handelsactiven, Waaren und Außenstände zusammen genommen, beläuft sich auf 100,000 Thlr. Die Handlung hat jedoch 60,000 Thlr. Handelsschulden, — mithin nur einen reinen Bestand von 40,000 Thlrn., wovon also jedem Theilhaber 20,000 Thlr. gehören. — A hat aber noch 30,000 Thlr. Privatschulden, die der Handlung nichts angehen. Seine Privatgläubiger drängen ihn. Er hat außer seinem Handlungsantheile keine Mittel um sie zu befriedigen, und es wird der Concurs zu seinem Vermögen eröffnet. Der curator bonorum verlangt nun von dem B, daß dieser an die Masse des A die Hälfte des ganzen Handlungsbestandes, also einen Werth von 50,000 Thlrn. herausgeben soll, und bezieht sich zu Begründung dieses Anspruches darauf, daß A Eigenthümer dieser Hälfte gewesen sei, solche mithin unstreitig zur Masse gehöre, und daß die Privatgläubiger ebensowohl wie die Handlungsgläubiger, letztere wenig-

90) Kori, System §. 109 u. Note 711, ed. II.

stens mit der Hälfte ihrer Forderungen aus diesem Gelde zu befriedigen seien. In Rom hätte sich B dieß in den meisten Fällen gefallen lassen können, denn nach römischem Rechte konnten die Gläubiger des gemeinschaftlichen Geschäftes wenigstens in der Regel (die jedoch auch verschiedene Ausnahmen litt) jeden socius nur zu dem Antheile, zu welchem er socius war, in Anspruch nehmen. Anders in Teutschland, wo durch ein allgemein angenommenes Gewohnheitsrecht jeder einzelne Theilnehmer an einer offenen Handelsgesellschaft oder eigentlichen Compagniehandlung aus den im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften ohne Unterschied in solidum, mit Wegfall der Ausflucht der Theilung, verbindlich wird. In Folge dieses Grundsatzes würde B durch das oben beschriebene Verfahren des zu dem Concurse des A bestellten Gütervertreters in den offenbarsten Nachtheil kommen, — er müßte die Hälfte des Handlungsbestandes herausgeben, und dennoch die vollen 60,000 Thlr. Handelsschulden bezahlen, den Antheil aber, den eigentlich A hätte bezahlen sollen, bei dessen Concurse melden, wo er nur ein Weniges wieder herausbekäme. Es fragt sich also: muß er sich jenes Verfahren von Seiten des Gütervertreters seines vormaligen Handlungsgesellschafters gefallen lassen, oder kann er verlangen, daß dieser Gütervertreter nicht die Bruttohälfte der Compagniehandlung wegnehme, sondern nach den Grundsätzen der actio pro socio oder communi dividundo den Bestand mit ihm, dem B, dergestalt theile, daß zuvörderst sämmtliche Handelsschulden voll bezahlt und von den dann noch übrig bleibenden 40,000 Thlrn. reinen Bestandes 20,000 Thlr. der Masse des A überwiesen werden und 20,000 Thlr. dem B verbleiben? Die Praxis hat sich für die erstere Meinung erklärt [91]), wodurch freilich der Eintritt in eine Handelsgesellschaft zum gewagtesten aller Geschäfte wird. Dessen ungeachtet scheint die letztere Ansicht die richtigere zu sein [92]). Da nämlich der curator bonorum des insolventen Compagnons diese Gegenstände dem Solventen nicht durch eine rei vindicatio abfordern kann, sondern die actio communi dividundo gegen ihn anstellen muß, so würde mindestens so viel gewiß sein, daß der Letztere sich so lange, bis die Societätsschulden bezahlt wären, mit einer Exception schützen könnte. Denn mehr Recht können die Concursgläubiger, welche titulo singulari in das Vermögen des Gemeinschuldners succediren, doch unmöglich haben, als z. B. derjenige haben würde, dem der eine socius seinen Handlungsantheil verkauft hat, und wir lesen in L. 14. §. 3. D. communi dividundo die klaren Worte: Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas dividerentur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non

---

91) Siegel, diss. de creditoribus societatis privatis socii creditoribus non praeferendis. Lips. 1725. — Kindt. IV. qu. 17. p. 88. ed. II. — Treitschke, die Lehre von der Erwerbsgesellschaft (Leipzig 1825), §. 100. — Reinhard, die Ordnung der Gläubiger im Concurse, §. 209.

92) Green, diss. de solutione nominum societatis prae aliis socii obaerati debitis (Lips. 1769) und des Verfassers dieses Artikels diss. ad LL. XII u. XXVII. D. pro socio (Lips. 1823).

est dubium: quare emtor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summoveretur. In manchen Ländern ist der solvente socius gegen ungebührliche Ansprüche des Concurses seines durch Privatschulden insolvent gewordenen Handelsgenossen durch ausdrückliche Gesetze sicher gestellt. So sind namentlich in Preußen [93]), wenn der Gemeinschuldner mit Anderen in einer gemeinschaftlichen Handlung gestanden hat, und die Creditmasse von den Handlungsgenossen den dem Gemeinschuldner gebührenden Antheil der vorräthigen Waaren, Geräthschaften und ausstehenden Activschulden fordert, die Associés die Passivschulden der Societät verhältnißmäßig in Abzug zu bringen berechtigt, und daher nicht schuldig, sich dieserhalb in den Concurs einzulassen. Sollten die übrigen Mitglieder der Gesellschaft es der Handlung oder dem gemeinschaftlich unternommenen Geschäfte nachtheilig finden, wenn eine Naturaltheilung des Waarenlagers und der Geräthschaften erfolgte und hiernächst der dem Gemeinschuldner gebührende Antheil an den Meistbietenden verkauft würde, so soll ihnen sogar freistehen, diesen Antheil nach einer genauen, durch Sachverständige anzufertigenden gerichtlichen Taxe zu übernehmen. — Eine höchst vernünftige Anordnung, welche mit Recht sich nicht auf die körperlichen Sachen beschränkt, sondern auch auf die außenstehenden Forderungen erstreckt. Denn der an sich richtige Grundsatz: debita ipso iure sunt divisa — kann auf den hier besprochenen Fall der Außenstände einer Compagniehandlung und auf das Verhältniß der Compagnons unter sich (und also auch der Gläubiger des Einen in ihrer Beziehung zu den Anderen) um deswillen nicht angewendet werden, weil keiner der Associés geschehen zu lassen braucht, daß der Andere eine Societätsforderung auch nur zu seinem Antheile für sich einhebe und vor der Theilung selbiger dem gemeinsamen Fonds entziehe. — 6) Was diejenigen anlangt, welche mit dem Gemeinschuldner in Geldschuldverhältnissen stehen, so versteht es sich von selbst, daß sie an die Masse zahlen müssen, wenn sie Schuldner sind und ihre Forderungen beim Concurse zu liquidiren haben, wenn sie Gläubiger sind. Allein verwickelter wird die Sache, wenn sie beides zugleich sind, und hier tritt die Frage ein: inwieweit im Concurse Compensation stattfindet [94]). Es ist im römischen Rechte nicht der allermindeste Grund vorhanden, im Concurse andere Regeln für die Compensation anzunehmen, als außerhalb desselben. Allenthalben also, wo A seine Gegenforderung hätte geltend machen können, wenn der Gläubiger B außerhalb des Concurses seine Forderung an den C cedirt hätte, wird sie A auch geltend machen können gegen den Concurs des B, und es kommt in Bezug auf die Frage: ob A eine Forderung, welche erst nach dem Ausbruche des Concurses zu dem Vermögen des B fällig worden ist, compensiren könne, lediglich darauf an, ob man

---

93) Allgemeine Gerichtsordnung Th. I, Tit. 50, §. 289, 290.

94) Krug, die Lehre von der Compensation, §. 68, 69, und die dort in der Note 406 angeführten Schriften.

ihm dieses Recht auch außer dem Concurse gegen den einfachen Cessionar C zustehen will oder nicht, worüber bekanntlich die Meinungen getheilt sind [95]). Dennoch hat sich die Praxis für den Fall des Concurses des B sehr bestimmt dahin ausgesprochen, daß Compensationen nur zugelassen werden sollen, wenn die beiderseitige Forderung, oder wenigstens die Forderung des solventen A an den insolventen B vor dem Ausbruche des Concurses gefällig war [96]). — Besonders abweichend sind die Meinungen über die Zulässigkeit der Compensationen in dem oben erwähnten Falle, nämlich wenn A von dem B ein Grundstück gepachtet, und demselben dafür eine, nach Endigung des Pachtes und Erfüllung der Pachtverbindlichkeiten zurück zu zahlende Caution gestellt, einige Pachtgeldertermine aber in Rest gelassen hat, und nunmehr, nachdem B in Concurs gefallen ist, gegen dessen curator bonorum, der die Pachtrückstände einfordert, mit der Caution compensiren will. Da der Pacht des A nicht ipso iure erlischt, sondern nur die Gläubiger das Recht haben, denselben aufzuheben, mithin auch durch den Ausbruch des Concurses zum Vermögen des Verpachters die Caution des Pachters nicht gefällig wird, sondern das Recht auf Seiten des Pachters, dieselbe zurückzufordern, erst dann eintritt, wenn die Gläubigerschaft erklärt, den Pacht nicht fortsetzen zu wollen, so kann, wenigstens wenn man bei der Compensation überhaupt die vorhin angegebenen Grundsätze befolgt, der Pachter die rückständigen Pachttermine nicht auf die Caution abrechnen, — denn jene Pachttermine waren schon vor dem Concurse gefällig, die Caution wird aber erst während der Dauer des Concursverfahrens zahlbar. Anders würde man zu urtheilen haben, wenn in Particulargesetzgebungen ausdrücklich festgesetzt ist, daß eine von dem Gemeinschuldner früher geschlossene Verpachtung durch den Concurs erlöschen solle. Dann nämlich würde auch die Caution des Pachters in dem Augenblicke der Concurseröffnung zurückgefordert werden können (versteht sich, dafern er nachzuweisen vermag, daß er im Uebrigen seine Pachtverbindlichkeiten erfüllt hat). Folglich wäre auch in demselben Augenblicke Forderung und Gegenforderung gefällig, mithin könnte alsdann vom Pachter unbedenklich auf das Recht, zu compensiren, Anspruch gemacht werden. Allein freilich wird hier vorausgesetzt, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen ist, daß der Pachtcontract wirklich in dem Momente, wo der Concurs zum Vermögen des Verpachters eröffnet wird, ipso iure erlöschen solle. Wenn aber, wie z. B. im Königreiche Sachen [97]), das Gesetz zwar den Ausdruck braucht, daß in solchem Falle der Pacht für erloschen zu achten sei, der Sinn aber doch immer nur der ist, daß das Pachtverhältniß bis auf Weiteres

---

95) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte, §. 60 S. 568 flg. Krug a. a. O. §. 65, S. 107 flg.

96) Haubold, sächs. R. §. 382, und die dort angeführten Schriftsteller. Die Meisten verlangen, daß beide Forderungen schon vor dem Concursausbruche gefällig gewesen sind.

97) Erläut. Prozeßordn. ad tit. XXXIX. §. 4.

fortbestehen, die Gläubigerschaft jedoch berechtigt sein solle, dasselbe, wenn ihr Interesse es erfordert, aufzuheben[98]), da läßt sich auch nicht behaupten, daß der Pachter etwanige frühere Pachtrückstände auf die Caution abrechnen könne[99]). Denn dann besteht ja der Pacht ungeachtet des Concurses immer noch bis zu dem Augenblicke, wo die Gläubiger ihn aufheben. Also kann auch die Caution nicht schon im Augenblicke der Concurseröffnung als klagbar angesehen werden; mithin fehlt es an den nothwendigen Erfordernissen der Compensation. Auch läßt sich wohl kaum behaupten, daß dem Pachter dadurch ein Recht zur Compensation gegeben werde, daß die Gläubiger das Pachtverhältniß fortgesetzt haben, denn keineswegs wird dadurch die Caution zur Massesschuld[100]), was sie schon deswegen nicht sein kann, weil sie nicht an die Masse, sondern an den Gemeinschuldner eingezahlt, und von dem Letzteren präsumtiv in seinen Nutzen verwendet worden ist. — Die ganze Theorie der Compensation im Concurse bedarf unstreitig einer genauen Revision. Denn es ist nicht zu verkennen, daß die durchaus unrichtige Idee, als ob im Concurse, soviel nur immer möglich, zu Gunsten der Masse entschieden, und das Recht des Dritten hierbei auf alle Weise beschränkt werden müßte, einen nur allzu bedeutenden Einfluß zunächst auf die Praxis und dann auf die Theorie, wohl auch auf die Gesetzgebung gehabt hat. Selbst der nicht sowohl dem Concursrechte, als der Lehre von der Cession angehörige Satz, daß der debitor cessus gegen den Cessionar mit Forderungen ex persona cedentis nur dann compensiren könne, wenn die zur Compensation zu verwendende Forderung bereits in dem Augenblicke klagbar gewesen, wo er von der Cession glaubhafte Nachricht erhielt[101]), ist keineswegs über allen Zweifel erhaben, ja in dieser Ausdehnung eigentlich unrichtig. Eine dießfallsige Untersuchung liegt jedoch dem Zwecke dieses Aufsatzes zu fern, als daß wir darauf näher eingehen könnten. — Nach älterem römischen Rechte bestand sogar ein aus dem Justinianischen Rechte allerdings verschwundenes Institut, die deductio, vermöge welcher derjenige, der einem Gemeinschuldner eine bereits verfallene Post zu zahlen verpflichtet war, aber zugleich einen erst künftig gefällig werdenden Anspruch an denselben hatte, diesen letzteren ohne Weiters dem emtor bonorum in Abzug bringen konnte[102]).

---

98) Kind, quaest. tom. IV. cap. 20. p. 197 sq. ed. II.

99) Das frühere königlich sächs. Appellationsgericht zu Dresden und das jetzige Oberappellationsgericht daselbst haben jedoch wiederholt in ihren Entscheidungen die Ansicht ausgesprochen, daß der Pachter auf die Pachttermine, welche verfallen sind, bevor der Concurs zu dem Vermögen des Verpachters ausbrach, mit der Caution compensiren könne.

100) Anderer Meinung sind in dieser Beziehung: Kori, System des Concursprozesses, §. 70, 2. Ausg., S. 124, u. gewissermaßen auch Schweppe, System des Concurses, §. 61, 3. Ausg., S. 114 flg.

101) Krug, Lehre von der Compensation, S. 171.

102) Caius, institut. IV. 66 sq. Vergl. Schweppe, Rechtsgeschichte §. 592.

7) Retentionsrecht dritter Personen gegen den Concurs. Bekanntlich verliert dasselbe in der Regel schon außer dem Concurse seine Wirkung, wenn ein Anderer ein stärkeres Recht, als der Retinent hatte, an der Sache bekommt, also namentlich, wenn der Schuldner dieselbe, während sie retinirt wird, an einen Dritten verpfändet, oder wenn das Eigenthum derselben auf einen Anderen übergegangen ist[103]). Gerade unter denselben Bedingungen, nicht unter mehreren, nicht unter minderen, besteht oder erlischt dasselbe, wenn des Schuldners Vermögen und mit ihm die zu retinirende Sache, sei es titulo pignoris praetorii, sei es iure dominii — je nachdem man die Ansicht nehmen will — durch den Concurs an die Gläubiger kommt, und es ist ein offenbares Mißverständniß, wenn Manche[104]) die unbedingte Fortdauer des Retentionsrechtes im Concurse um deswillen behaupten, weil die Concursgläubiger nur das Recht des Cridars hätten, und allen Einreden aus dessen Person unterworfen wären. Die Gläubiger sind den Exceptionen aus der Person des Gemeinschuldners nicht unbedingt, sondern nur so weit unterworfen, als sie sich der successor singularis überhaupt gefallen zu lassen braucht. — Es kommt gerade hierbei, und namentlich bei der Frage, welche Geltung das sogenannte qualificirte, d. i. mit einem dinglichen Rechte verbundene Retentionsrecht im Concurse des Schuldners habe, weniger, als man glauben sollte, darauf an, welches Princip man als rechtliche Grundlage des Verhältnisses der Gläubiger zu dem Vermögen des Gemeinschuldners anerkennt. In Rom wurden die Creditoren ganz gewiß nicht Eigenthümer dieses Vermögens, sondern sie erhielten nur ein Pfandrecht. Mithin konnten sie auch den, der eine dem Gemeinschuldner gehörige Sache vermöge einer früheren Verpfändung besaß, nicht zur Herausgabe nöthigen. Wenn wir aber auch für Teutschland einen Uebergang des Eigenthums an der Concursmasse auf die Gläubiger statuiren, so dürfen wir deshalb immer noch nicht den Pfandgläubigern zumuthen, die Pfänder herauszugeben. Denn auch außer dem Concurse würde, wenn das Eigenthum an einer verpfändeten Sache auf eine dritte Person überginge, das Recht des Pfandgläubigers hierdurch nicht gemindert werden. Soll also dem Concurse das Recht zustehen, dem Pfandschuldner sein Pfand abzufordern, so bedarf es hierzu eines besonderen Particulargesetzes. Und allerdings existiren in den meisten teutschen Staaten dergleichen Gesetze. Wo sie bestehen, da wird das Pfand an die Masse abzuliefern sein, und der Pfandgläubiger sich beim Concurse melden müssen, nichtsdestoweniger ist er jedenfalls aus dem Erlöse des Pfandes prioritätisch zu befriedigen.

8) Auch die Rechtsverhältnisse der Bürgen gestalten sich im Concurse in einigen Punkten anders als außer demselben. Wenn sich Jemand für den Gemeinschuldner verbürgt hat, so kann er, dafern der Haupt-

---

103) Luden, Retentionsrecht (Leipzig 1839), Abschnitt III, §. 30 flg., S. 193 flg.

104) Z. B. Schweppe, §. 60.

gläubiger selbst die verbürgte Forderung beim Concurse des Schuldners liquidirt, nicht auch wegen der Verbürgung sich dort melden, denn zweimal kann ein und derselbe Anspruch nicht aus der Masse befriedigt werden. Meldet sich jedoch der Hauptgläubiger nicht, so kann der Bürge liquidiren, gleichviel ob er den Hauptgläubiger schon befriedigt hat oder nicht. Im letzteren Falle wird er nämlich eventualiter locirt, d. h. mit dem Vorbehalte, daß er noch beibringt, wie er den Hauptgläubiger befriedigt habe [105]). Wenn der Gemeinschuldner sich für Jemanden verbürgt hat, so kann der Letztere die Forderung beim Concurse liquidiren, und zwar pure, wenn er den jetzt insolventen Bürgen, dafern er noch solvent wäre, sogleich unmittelbar hätte verklagen können, eventualiter aber (d. h. hier für den Fall, daß er von dem Hauptschuldner nichts bekommt) alsdann, wenn er diesen Hauptschuldner erst ausklagen muß. Er wird jedoch jedenfalls nur aus der eigentlichen Vermögensmasse des Schuldners befriedigt, und was er bekommt, wird von dem curator bonorum wieder bei dem eigentlichen Principalschuldner eingeklagt, und zur Masse gebracht, wo es dann unter die übrigen Gläubiger vertheilt wird, mit Ausschluß dessen, dem der Gemeinschuldner nur als Bürge einer fremden Schuld verpflichtet war.

9) Besondere Wirkungen des Concurses in Bezug auf Wechsel und Wechselgeschäfte. Ausführlicher wird diese reichhaltige Materie in dem Artikel Wechsel dargestellt werden. Hier genügt es, Folgendes zu bemerken. Im Concurse gehen die Rechte, die der Gemeinschuldner aus Wechseln hat, nach denselben Regeln auf seine Gläubiger über, wie seine sämmtlichen übrigen Vermögensrechte. Es liegen aber auch den Gläubigern hinsichtlich der zur Masse gehörigen Wechsel dieselben Pflichten in Ansehung des Verfahrens, der Präsentation, Protestation, Notification u. s. w. ob, wie dem Gemeinschuldner selbst, wenn er solvent geblieben wäre. Hatte der Gemeinschuldner schon ein Präjudiz verhangen, d. i. etwas in der Form des Wechselverfahrens versehen, so müssen es die Gläubiger auch gegen sich gelten lassen. — Was ein Dritter von dem Gemeinschuldner auf Wechsel zu fordern hat, muß im Concurse so gut wie jeder andere persönliche Anspruch liquidirt werden. In manchen Ländern haben Wechselforderungen eine Priorität [106]), gemeinrechtlich aber sind sie gemeine chirographarische Posten. Sie werden übrigens, wie jede Liquidationspost im Concurse, als verfallen angesehen, wenn sie auch beim Ausbruche des Creditwesens noch nicht verfallen wären, und Regreßansprüche können eventualiter, d. h. für den Fall, daß sie entstehen sollten, sogar noch ehe sie entstehen, liquidirt werden.

---

105) Anderer Meinung ist Kori, Bd. I, Th. I, §. 33, S. 46 flg. der zweiten Ausgabe. Er nimmt an, daß sich ein Bürge nur dann mit Wirkung melden könne, wenn er wenigstens vor dem Liquidationstermine den Hauptgläubiger wirklich bezahlt habe, weil eine durch Bürgschaft übernommene Verbindlichkeit als eine bedingte anzusehen sei. Indessen ist die im Texte ausgesprochene Meinung von der Praxis allgemein gebilligt.

106) Treitschke, Encyclopädie, unter dem Worte Concurs §. 4.

— Der Inhaber eines Wechsels kann, wenn er mehrere Vordermänner vor sich hat, an welche sämmtlich ihm der Regreß zusteht, bei allen diesen Vormännern oder mehreren von ihnen liquidiren, oder auch, wenn zu dem Vermögen eines einzigen Wechselschuldners mehrere Concurse in verschiedenen Ländern anhängig sind, seine Forderung bei allen diesen verschiedenen Concursen zu gleicher Zeit geltend machen, und muß bei allen locirt und befriedigt werden, jedoch natürlich so, daß er keinenfalls ein Mehreres, als bei allen zusammen höchstens den vollen Betrag seines Capitals sammt Zinsen und dem übrigen Inhalte der Retourrechnung empfange. Wie viel aber von jeder dieser verschiedenen, und oft auch zu verschiedenen Zeiten zur Distribution kommenden Concursmassen zur Befriedigung des Gläubigers beizutragen sei, ist eine sehr bestrittene Frage. Die gewöhnliche, doch wohl kaum ganz richtige Meinung ist, daß, wenn ein Regredient sich bei mehreren Concursen mit seiner Forderung meldet, ihm bei einer jeden derselben eine Dividende nur im Verhältniß desjenigen Ueberrestes zuzutheilen sei, der nach Abzug des aus den anderen Concursen erweislich schon Empfangenen verblieben ist, oder verbleiben würde. Also wenn Jemand 1000 Thlr. bei den Concursen dreier, aus einem und demselben Wechsel verpflichteten Personen, z. B. des Ausstellers und zweier Giranten, liquidirt, und bei dem einen 20 pCt., d. i. 200 Thlr. aus der Masse empfängt, so kann er bei dem anderen nur mit 800 Thlr. locirt werden. Hier empfängt er vielleicht wieder 50 pCt. oder 400 Thlr., hat also zusammen 600 Thlr., und nun wird er beim dritten Concurse nur mit den rückständigen 400 Thlrn. locirt. Diese Masse gibt vielleicht nur 25 pCt. Ausbeute, mithin empfängt er hier nur 100 Thlr., und büßt also auf seine 1000 Thlr. im Ganzen 300 Thlr. ein [107]). — Die Person des Gemeinschuldners bleibt zwar auch im Concurse nach Wechselrecht verpflichtet. Indessen gilt in mehreren Ländern, z. B. im Königreiche Sachsen [108]), das besondere Recht, daß der Wechselgläubiger gegen den in Concurs verfallenen Schuldner den Gebrauch des Wechselrechtes verliert, wenn er sich mit seiner Wechselforderung im Concurse meldet, dafern er dieß auch selbst mit Vorbehalt des Wechselrechtes gethan, oder Nichts aus dem Concurse angenommen, oder sich auch von demselben wiederum losgesagt hätte. Ja sogar wenn er nicht liquidirt hat, aber den Schuldner während des Concurses durch Gebrauch des Wechsels zu einer Zahlung nöthigt, bekommt er das Geld nicht, sondern der curator bonorum nimmt selbiges zur Masse, und der Wechselgläubiger empfängt nur dann erst etwas davon, wenn zuvörderst alle beim Concurse gemeldeten Gläubiger befriedigt sind. Doch ist dieß nicht auf den Fall zu erstrecken, wenn ein Dritter für den Gemeinschuldner zahlt, denn in diesem Falle kann der Gläubiger das Empfangene behalten, und braucht nicht geschehen zu lassen, daß es der curator bonorum zur

---

107) Vergl. Treitschke, Encyclopädie, u. d. W. Regreß wegen Mangel Zahlung §. 15.

108) Dec. 25. v. J. 1746.

Masse abfordert. — Wenn eine Concursmasse selbst durch ihre Vertreter Wechselgeschäfte macht, so gelten gegen sie die gewöhnlichen Grundsätze des Wechselrechtes, nur daß, da die Gesammtheit der Gläubiger als eine universitas anzusehen ist, zu Realisirung einer von ihr etwa übernommenen Wechselverbindlichkeit gegen Niemanden, auch nicht gegen die Curatoren, welche im Namen der Masse einen Wechsel ausgestellt oder girirt haben, mit Personalarrest verfahren werden kann. Uebrigens versteht es sich, daß, wenn eine Masse Wechselverbindlichkeiten erst contrahirt, z. B. wenn sie einen dem Gemeinschuldner gehörig gewesenen Wechsel verkauft und girirt, auch die Valuta dafür empfängt, dieser Wechsel aber mit Protest zurückkommt, die Pflicht zur Rückzahlung der empfangenen Valuta als eine Massenschuld angesehen wird. Es braucht also der Gläubiger dieselbe nicht etwa beim Concurse zu liquidiren, sondern er verklagt den curator bonorum darauf, daß er den ganzen Betrag aus der Masse bezahlen solle.

Von der Concursmasse. Das Vermögen des Schuldners, insoweit es zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden kann, heißt die Concursmasse. Zu ihr ist zu rechnen Alles, was bei Eröffnung des Concurses dem Gemeinschuldner an Sachen oder Forderungen gehört, folglich auch dasjenige, was der Cridar nur unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung zu fordern hat, ingleichen die noch nicht betagten Ansprüche, nicht minder dasjenige, was als Nutzungen oder Zinsen von dem gegenwärtigen Vermögen erst künftig eingeht, ebenso der Ertrag des Nießbrauches und ähnlicher, dem Cridar an fremden Vermögen zuständigen Rechte. Auch die Besitzrechte des Gemeinschuldners werden als Gegenstand der Masse im Allgemeinen angesehen. Nicht aber sind zur Masse zu ziehen: 1) wegen der Natur des Gegenstandes a) alle solche Dinge, die an sich nicht in commercio sind, z. B. Orden, b) solche, die weder an sich, noch als Zubehör einer Sache einen Geldwerth haben. Bei manchen Dingen kommt es hier lediglich auf die Bestimmung an, die ihnen der Gemeinschuldner selbst gegeben hat. So würden, z. B. wenn zum Vermögen eines Gelehrten Concurs ausbräche, wissenschaftliche Manuscripte, insofern der Verfasser sie in der gegenwärtigen Gestalt bereits zum Drucke bestimmt gehabt hätte, — oder Briefe fremder Personen, die er zu demselben Zwecke gesammelt und geordnet und von deren Urhebern er bereits die Erlaubniß zum Druck erhalten hätte, unbedenklich als Zubehör der Masse betrachtet und veräußert werden dürfen, ohne daß sein oder seiner Erben Widerspruch beachtet zu werden brauchte. Allein wenn diese Bestimmung zur Veröffentlichung sich nicht nachweisen ließe, so hätten auch die Gläubiger kein Recht, sich solche Literalien anzumaßen. c) Solche Gegenstände, die ihrer Natur nach von anderen Personen nicht benutzt werden können, oder wenigstens nicht benutzt werden sollen, z. B. Petschafte mit einem Familienwappen. (Familienbilder dagegen und ähnliche Dinge, die vielleicht einen nur sehr geringen Geldwerth, aber einen bedeutenden Affectionswerth haben, sind, selbst wenn der Cridar einem sehr hohen Stande angehörte, z. B. wenn er Mitglied einer fürstlichen

Familie wäre, nicht ausgenommen.) d) Die von der Person des Cridars weder dem Rechte noch der Ausübung nach trennbaren Gegenstände, also namentlich die servitus usus, mithin auch mehrere Arten des reservati rustici. e) Dasjenige, was der Schuldner zu den nöthigsten Lebensbedürfnissen braucht, und was ihm auch bei der gewöhnlichen Execution gelassen werden müßte. Das gemeine Recht enthält hierüber keine näheren Bestimmungen. Jedenfalls gehört die Besoldung, wenn der Schuldner Staatsbeamter ist, nach römischem Rechte nicht[109]) (wohl aber nach den meisten teutschen Particularrechten, ein größerer oder geringerer Theil derselben), zu den ausgenommenen Dingen. Nur bei geistlichen Pfründen darf der Ertrag den Gläubigern erst nach Genehmigung der kirchlichen Oberen und nach Abzug der Alimente für den Gemeinschuldner zugesprochen werden[110]). Privatpersonen hingegen können nicht genöthigt werden, den Gehalt des während des Concurses in ihren Diensten stehenden Gemeinschuldners zur Masse zu zahlen[111]). f) Ob und inwieweit Erwerbungen, die dem Gemeinschuldner blos angeboten worden sind, zur Masse gezogen werden können, ist oben schon untersucht worden. 2) Ferner können nicht zur Masse gezogen werden, wegen der entgegenstehenden Rechte Anderer, a) Alles, was dem Schuldner zu bestimmten, das Interesse des Gebers oder eines Dritten betreffenden Zwecken überlassen ist. b) Alles, was ihm durch fremde Liberalität unter der ausdrücklichen Bedingung, daß es nicht für seine Gläubiger verwendet werden solle, gegeben ist, wenigstens insofern der Geber den Zweck, wozu es (wenn auch vielleicht nur im Interesse des Gemeinschuldners selbst) verwendet werden soll, ausdrücklich angegeben hat, — also z. B. wenn Jemand testirt hätte: Mein Erbe soll dem A bis an seines Lebens Ende monatlich 100 Thlr. zahlen, welche er zu seinem Lebensunterhalte verwenden soll, welche aber niemals und unter keiner Bedingung an seine Gläubiger, oder, wenn er künftig in Concurs verfällt, an seine Masse fallen sollen. Auch hier ist es nicht eigentlich das Recht des Gemeinschuldners, was die Zuziehung dieser Zahlung zur Concursmasse hindert, sondern der Wille und das Recht des Dritten, der es gegeben hat und der die Bedingungen seiner Freigebigkeit stellen konnte wie er wollte. c) Lehngüter, Familienfideicommißgüter und ähnliche Vermögenstheile, an denen der Gemeinschuldner kein wirkliches, oder wenigstens kein volles Eigenthumsrecht hat. Zwar zieht der Concurs die Nutzungen von denselben, allein der Substanz darf er sich nicht anmaßen[112]). d) Die dos der Ehefrau, als welche

---

109) L. 4. C. de executione rei iudicatae. (7. 53.)
110) Cap. 2. X. de fideiussor. (3. 22.)
111) Leyser, spec. 476. med. 4.
112) In Sachsen kann auch die Substanz eines Familienfideicommißgutes zur Masse gezogen werden, wenn nicht das Familienfideicommiß, bei Lehngütern von Seiten des Lehnsherrn, bei Allodialgrundstücken von der Gerichtsobrigkeit, sowohl confirmirt, als auch mit Consens versehen ist. Erläut. Prozeßordn. ad tit. XXXXV. §. 7. Auf Majorate und Seniorate ist dieses Erforderniß nur dann anzuwenden, wenn sie zugleich mit einem Fideicommisse verbunden sind.

derselbe vielmehr sogleich beim Ausbruche des Concurses zurückfordern kann [113]). Daß also die Gläubiger hiervon während des Concurses keine Früchte ziehen können, versteht sich gemeinrechtlich von selbst; allein nach den Particularrechten, nach welchen der Fruchtgenuß, den der Ehemann selbst an dem Eingebrachten der Frau hat, auf einem ganz anderen Grunde als auf dem temporären Eigenthume der Mitgift beruht [114]), läßt sich dieß keineswegs behaupten. e) Das peculium militare des Hauskindes. Hier kann jedoch der Nießbrauch insoweit, als er nicht zur anständigen Erhaltung des Kindes nothwendig ist, zur Masse gezogen werden. Das peculium profectitium hingegen ist als Eigenthum des Vaters anzusehen, gehört also zur Masse, und daß der Fiscus, wenn er als Gläubiger Execution gegen den Vater ausbringt, dasselbe nicht einzieht, ist eine auf andere Gläubiger nicht auszudehnende Eigenthümlichkeit [115]). f) Alles übrige fremde Eigenthum, welches sich im Gewahrsam des Gemeinschuldners befindet, und was er als Vormund, Verwalter, Depositar, Commodatar u. s. w. oder selbst als Prädo besitzt, muß ebenfalls, sobald die Eigenthümer ihr Recht geltend machen und nachweisen, zurückgegeben werden, und ist nicht zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Wäre es aber schon veräußert, wenn der Eigenthümer sich meldet, so würde der dafür erlangte Preis demselben zu erstatten sein [116]). — Man theilt die Masse ein in die Generalmasse und die Specialmassen, je nachdem dieselbe zu Befriedigung der Gläubiger im Allgemeinen, oder gewisser besonderer Creditoren bestimmt ist. Mit dem letzteren Namen bezeichnet man den Ertrag aus denjenigen zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig gewesenen Dingen, welche einzelnen Personen besonders verhaftet waren, — also z. B. der Erlös aus einem Grundstücke, auf welchem Hypotheken hafteten, zu deren Bezahlung derselbe verwendet wird. Insoweit aber jener Erlös diesen Betrag übersteigt, muß derselbe zur Generalmasse geliefert werden. Diese Eintheilung der Massen ist besonders in Bezug auf die von dem Concurse zu machenden Ausgaben wichtig. In der Regel nämlich wird Alles, was der Concurs zu verausgaben hat, die Prozeßkosten, die Lasten, die er als Besitzer von Grundstücken zu tragen hat, die Massenschulden anderer Art u. s. w., aus der Generalmasse bestritten [117]). Beziehen sich aber diese Ausgaben auf einen Gegenstand, der eine Specialmasse bildet, so müssen sie aus dieser entnommen werden,

---

113) L. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.)

114) Haubold, Lehrbuch des königlich sächs. Privatrechtes, §. 70, 75. Des Verfassers dieses Artikels Frage: Num uxor usuras sortis illatae in concursu mariti recte petat? Lips. 1834.

115) L. 3. §. 4. D. de minoribus. (4. 4.)

116) Vergl. über die ganze Lehre von der Concursmasse vorzüglich Dabelow (2. Ausg.) S. 507 flg. und Schweppe §. 35 flg.

117) Alimentation des Schuldners, außer wo ihm aus besonderen Gründen ein Competenzrecht zusteht, ingleichen die Kosten des Begräbnisses desselben, wenn er während des Concurses stirbt, können der Masse nicht angesonnen werden.

— also z. B. Kosten der Einquartirung für ein Haus, das diesem oder jenem Gläubiger verpfändet ist.

Ordnung der Gläubiger im Concurse[118]). Es ist bereits bemerkt worden, daß die Gläubiger theils an die Masse selbst aus Gründen, die erst nach Ausbruch des Concurses entstanden sind, einen Anspruch haben, oder auch als Vindicanten oder Separanten irgend welche in der Masse befindliche Gegenstände für sich fordern, — theils aus einem obligatorischen Verhältnisse, in welchem sie mit dem Gemeinschuldner schon vor Eröffnung des Creditwesens gestanden haben, Befriedigung für eine aus diesem Verhältnisse ihnen zuständige Forderung verlangen (Liquidanten). Nur diese Letzteren kommen in Frage, wenn von der Ordnung der Gläubiger im Concurse die Rede ist. Denken wir uns die Gläubiger als bereits im Besitze der Masse befindlich, und diese Masse selbst als realisirt, d. i. als in baares Geld verwandelt, so wird an und für sich jeder Gläubiger, nach Maßgabe der Höhe seiner Forderung, aus dem Erlöse befriedigt werden müssen, und die ganze Vertheilung würde also eigentlich bloße Rechnungssache sein. Allein eine große Anzahl von Gläubigern haben durch die Gesetze das Recht erhalten, ihre Befriedigung vor Anderen zu verlangen, und somit entsteht eine gewisse Rangordnung unter ihnen. — Auch hier bietet das römische Recht allerdings die Grundlage des Ganzen dar. Allein es hat das neuere Recht so vieles hierin verändert, daß die Theorie von der Ordnung der Gläubiger im Allgemeinen weit mehr auf dem Gerichtsbrauche als auf dem römischen Rechte beruht, und selbst die Hauptsache der heutigen Rangordnung der Gläubiger — die Eintheilung derselben in fünf Classen — läßt sich aus dem römischen Rechte nicht nachweisen, hat vielmehr ihren Ursprung in der älteren sächsischen Prozeßordnung von 1622, Tit. XXXXVI, §. 2, von wo sie in das gemeine Recht übergegangen ist. Diese fünf Classen nun sind folgende. 1. Classe. Absolut privilegirte Forderungen. In den Gesetzen wie in den Rechtsbüchern nennt man gewöhnlich als erste Post in dieser Classe die sämmtlichen dem Concurse zum Besten aufgewandten Kosten. Allein dieß ist gar kein hier in Betracht kommender Gegenstand, sondern eine reine Masseschuld. Von den verschiedenen Gattungen der Kosten und der Art und Weise, wie ihre Bezahlung erfolgt, wird weiter unten beim Concursprozesse die Rede sein. — Unstreitig jedoch gehören in die 1. Classe: 1) die Kosten der Beerdigung des Gemeinschuldners[119]). Auch diese sind nach römischem Rechte Masseschuld, wenn der Gemeinschuldner nach Ausbruch des Concurses gestorben ist. Ist er aber vorher schon gestorben, so müssen sie liquidirt werden. Auch

---

118) Gmelin, Ordnung der Gläubiger im Gantproz. (4. Ausg. Ulm 1793) Cap. 2—6. — Runde, de hist. et ind. remed. secur., quib. prosp. est credit. Gött. 1794. — Dabelow, Cap. 8, 11, 21. — Uebersicht und Prüfung der Gesetze über die Ordnung der Gläubiger bei dem Gantprozesse nach römischem, teutschem, besonders württemberg., auch französischen Rechten. Stuttgart 1821. — Schweppe, §. 66 flg.

119) L. 14. §. 1. L. 26. L. 45. D. de religiosis. (11. 7.) Frister, de privil. credit. person. Gött. 1804.

hat die funeris impensa ein Privilegium, wenn sie gemacht worden ist für die Beerdigung eines Dritten, den der Schuldner begraben zu lassen verpflichtet war, oder dessen Beerdigung er übernommen hatte[120]). Zweifelhaft übrigens ist es, ob der Beerdigungsaufwand auch dem Rechte der Faustpfänder vorgeht. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies in den Gesetzen[121]) nur in Bezug auf das Recht des Vermiethers an den invectis et allatis[122]). Der Gerichtsbrauch hat das Recht der Leichenkosten theils ausgedehnt, theils beschränkt, — ausgedehnt, indem z. B. Trauerkleider u. dgl. mit dorthin gerechnet werden, — beschränkt, indem man heutzutage den Vorzug der Leichenkosten nur für den Fall gelten läßt, wenn der Schuldner v o r Ausbruch des Concurses gestorben ist, wogegen man, wenn er nachher starb, der Masse die Beerdigung ansinnt[123]), was ganz consequent aus der Ansicht folgt, daß das Vermögen des Schuldners mit dem Ausbruche des Concurses auf die Gläubiger übergehe. — Die Kosten für Beerdigung derer, die er begraben zu lassen verpflichtet war, beurtheilt man nach denselben Grundsätzen. Kosten für das vom Schuldner freiwillig übernommene Begräbniß eines Fremden genießen dagegen nach der heutigen Praxis gar keines Vorzuges mehr. 2) Die Kosten der Krankheit des Schuldners, an welcher derselbe gestorben ist. Die römischen Rechtsquellen enthalten hiervon nichts. Man sah jedoch in Folge einer unrichtigen Interpretation einiger Gesetzstellen[124]) die Kosten der letzten Krankheit für einen Theil der Leichenkosten an. Daher die von der Praxis ihnen zugestandene Priorität. — 3) Das Liedlohn oder Gesindelohn. Auch hier kennt das römische Recht keinen Vorzug, sondern man gründet denselben theils auf Stellen der Bibel[125]), theils auf Vorschriften des Sachsenspiegels[126]). Das Vorzugsrecht beschränkt sich auf diejenigen Personen, welche ihren ganzen Lebensunterhalt vom Gemeinschuldner für Dienste, die sie ihm leisten, contractmäßig beziehen und in dieser Hinsicht als Mitglieder seines Hauswesens angesehen werden. Ob ihre Leistungen operae liberales oder illiberales sind, darauf kommt nichts an, und der Gerichtsactuarius, der ein bestimmtes salarium bezieht und am Tische des Gerichtsherrn speist, der Handlungsdiener, der Hauslehrer oder die Gouvernante haben unter gleichen Umständen eben so viel Anspruch darauf als Knechte und Mägde. Nicht aber kommt es denen zu, welche blos für einzelne Leistungen bezahlt werden, mögen diese edler oder gemeiner Art sein, — also z. B. nicht Tagelöhner, ebensowenig aber auch Aerzte, Advocaten[127]). Man

---

120) L. 17. pr. §. 1. D. de rebus auctor. iud. possid. (42. 5.)
121) L. 14. §. 1. D. de religios.
122) Donell. commentar. ad Cod. VIII. 18. 7. Nr. 4. Noodt, commentar. ad Pand. XI. 7.
123) Gmelin, Ordnung der Gläubiger, S. 86. Kori, Bd. II, §. 8, und die dort in der Note 49 angeführten Schriftsteller.
124) L. 4. C. de petitione hereditatis. (3. 31.) L. 3. C. de religiosis. (3. 44.)
125) V. B. Moses Cap. 24, V. 13, 14, 15.
126) B. I, Art. 22, 24.
127) Kori, Bd. II, §. 10.

nimmt gewöhnlich an, daß derjenige, welcher auf das Recht des Liedlohns Anspruch machen will, wenigstens monatsweise gemiethet sein müsse. Es versteht sich übrigens, daß das ganze Privilegium sich nur auf das bis zum Ausbruche des Concurses verdiente Miethlohn bezieht. Bleibt das Gesinde noch länger beim Gemeinschuldner, so werden die Dienste entweder zum Besten des Cridars selbst oder zum Besten der Masse verwendet. Im letzteren Falle ist das Lohn Masseschuld, im ersteren hingegen begründet es gar keinen Anspruch gegen den Concurs[128]). 4) Rückständige Abgaben[129]) an den Staat, insofern sie bis zum Augenblicke des Concursausbruches erwachsen sind. Die später erst erwachsenden sind, insofern sie Realprästationen sind, als Masseschuld anzusehen; die später erwachsenden Personalprästationen aber kann der Staat, wenigstens in Teutschland, gar nicht gegen den Concurs geltend machen, weil die Gläubiger als Singularsuccessoren in das Eigenthum des Vermögens ihres Schuldners gelten. In Rom möchten aber wohl auch die in dem Zeitraume zwischen der missio oder cessio bis zur venditio bonorum aufgelaufenen Personalprästationen als prioritätisch angesehen worden sein. Was von den Staatsabgaben gilt, das gilt auch von den Abgaben an die Communen, Kirchen und Schulen, nicht aber von Entrichtungen an Collegien oder Privatvereine. Als Privatverein würde, wo die Gesetze nicht ausdrücklich ein Anderes bestimmen, auch die Brandcasse zu achten sein[130]). — Genau genommen, würde das Privilegium der Abgaben nach römischem Rechte nicht in die erste Classe gesetzt werden dürfen[131]). Indessen hat sich der Gerichtsbrauch allgemein dafür erklärt.

Daß das Vorzugsrecht aller in die erste Classe gehörigen Forderungen auch an dritte Personen übertragen werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Ob, wenn die Masse zu allseitiger Befriedigung der in dieser Classe stehenden Forderungen nicht ausreicht, Bezahlung pro rata eintritt, ist streitig. Man bezieht sich für die bejahende Meinung auf L. 32. D. de rebus auctor. iudic. possid., welche aber freilich wenig beweist. Die Praxis, begünstigt durch die meisten Particulargesetzgebungen, beobachtet die hier angegebene Ordnung. Allerdings aber haben die Particulargesetzgebungen auch noch viele andere Forderungen in die erste Classe gewiesen, z. B. rückständige Kaufgelder, Erbegeld und mehreres Andere.

---

128) Schweppe, S. 128, und Dabelow, S. 604, sind der Meinung, daß das aus einem vor dem Concursausbruche geschlossenen Miethcontracte während des Concurses aufgelaufene Lohn gleiche Priorität mit dem vor dem Concurse erwachsenen genieße. Kori a. a. O. behauptet, daß es nur als chirographarische Schuld gefordert werden könne. Allein da die Lohnforderung immer nur erst durch die Dienstleistungen selbst erwächst, mithin für die Zeit der Dauer des Concurses beim Ausbruche desselben noch nicht erwachsen war, so scheint es richtiger, in diesem Falle jede Forderung an den Concurs abzusprechen.

129) L. 7. pr. D. de publ. (39. 4.) — L. 36. D. de iure fisci. (49. 14.) — Leyser sp. 482. med. 1. Gmelin, Cap. 2, §. 9. Dabelow, S. 606. Schweppe, S. 129.

130) Schweppe a. a. O.

131) Schweppe a. a. O.

Zweite und dritte Classe: Pfandgläubiger. An und für sich sind alle Pfänder, ausdrückliche und stillschweigende, gesetzliche, vertragsmäßige oder prätorische, öffentliche und nichtöffentliche, Faustpfänder und Hypotheken einander gleich, und es entscheidet unter ihnen die Regel: qui prior tempore, is potior iure. Einige Pfandrechte sind jedoch privilegirt, d. h. es ist ihnen ein Vorzugsrecht vor anderen zugestanden, vermöge dessen sie vor anderen befriedigt werden. Sie bilden die zweite Classe, während die nicht privilegirten Pfänder, die dritte ausmachen. Wiewohl die auf beide bezüglichen Rechtssätze einen wesentlichen Theil des Concursrechtes ausmachen, so übergehen wir doch dieselben, da sie später unter dem Artikel Pfand ohnehin ausführlicher darzustellen sein werden[132]).

Vierte Classe: Die mit einem privilegium exigendi versehenen Gläubiger. Dieses Privilegium stand nach römischem Rechte vielen Personen zu, die später ihren Platz in einer höheren Classe erhielten, für die es also jetzt ohne Nutzen ist. Dermalen sind nur noch folgende Gläubiger zu nennen: 1) der Fiscus mit allen Forderungen, wegen deren er keine Hypothek hat[133]). Er geht in dieser Classe allen übrigen in dieselbe gehörigen Gläubigern vor. Nur die Strafgelder, außer insoweit sie auf Vertrag beruhen, gehören nicht hierher, sondern werden erst nach allen in den fünf Classen zu locirenden Gläubigern befriedigt[134]). Uebrigens aber gilt das Privilegium auch für die an den Fiscus cedirten Forderungen, und zwar von dem Augenblicke an, wo sie in seine Bücher eingetragen worden sind. 2) Der Regent und dessen Gemahlin wegen ihrer Privatforderungen an den Schuldner[135]). 3) Die Städte wegen aller ihrer Forderungen an den Schuldner, was man jetzt auch auf Kirchen und milde Stiftungen ausdehnt[136]). 4) Die Braut wegen der dos[137]) (die Ehefrau hat eine mit einem Vorzugsrechte versehene stillschweigende Hypothek). 5) Diejenigen, deren Vermögen von einem Curator verwaltet wird, insofern ihnen kein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Curators zusteht[138]).

---

132) Runde, de historia indole ac vi remediorum securitatis, quibus iure Romano prospectum est creditoribus per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum. Gött. 1794. — Dabelow, Cap. 8, 11. Schweppe, §. 70, 71. Gesterding, Pfandrecht, §. 31, 35, 36. Neustetel und Zimmern, röm. rechtl. Untersuchungen, S. 282, 337. Seuffert, Erörterungen, Bd. 2, Nr. 25. Göschen, Grundriß, S. 179—186.

133) L. 10. pr. D. de pactis. (2. 14.) — L. 6. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) — von der Nahmer, Entsch. des O.-A.-G. zu Wiesbaden, Bd. 2, Nr. 11.

134) L. un. C. poenis fiscalib. creditores praeferri.

135) L. 6. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.)

136) L. 38. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. (42. 5.) — Cap. 1. 2. 3. 7. X. de in integr. restit. (1. 41.) — Clem. un. D. de in integr. rest. (1. 11.)

137) L. 17. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) — L. 74. D. de iure dotium. (23. 3.) — L. un. C. de privileg. dot. (7. 74.)

138) L. 19—23. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) — Gegen den cu-

6) Derjenige, welcher zum Ankauf, zur Erbauung oder Ausbesserung einer unbeweglichen Sache, oder auch eines Schiffes Geld hergeliehen, oder als Verkäufer das Kaufgeld creditirt hat [138a]). 7) Derjenige, welcher bei einem Argentarius Geld unverzinslich deponirt hat [139]), was heutzutage Viele auf alle gerichtlichen und Privatdepositа ausdehnen, wenn nur keine Zinsen stipulirt sind, indessen mit Unrecht, denn nirgend ist der actio depositi ein solcher Vorzug beigelegt. Zwar kann der Depositarius eine bei dem Gemeinschuldner niedergelegte und mit dessen übrigen Vermögen in den Gewahrsam der Gläubiger gekommene Sache in Natur vom Concurse zurückfordern, und braucht nicht etwa den Werth derselben zu liquidiren und sich mit Procenten abfinden lassen. Aber er kann sich zu dieser Rückforderung nicht der actio depositi, sondern nur der rei vindicatio oder actio publiciana bedienen, die natürlich unanwendbar ist, wenn die Sache nicht mehr in Natur vorhanden ist, oder wenn das Depositum in baarem Gelde bestand, und der insolvente Depositarius dasselbe verwendet hat. — Uebrigens stehen die unter Nr. 2, 3, 4, 5, 6, genannten Gläubiger einander ohne Rücksicht auf das Alter ihrer Forderung gleich und werden pro rata befriedigt [140]). Die Stellung von Nr. 7 ist zweifelhaft. Nach dem einen Gesetze hat er den letzten Platz [141]), nach einem anderen [142]) den ersten. — Fälschlich werden zur vierten Classe gerechnet 1) der rückständige Handwerkerlohn; 2) die Honorarien der Advocaten, Procuratoren und Notarien; 3) Forderungen der Aerzte, Chirurgen und Apotheker, welche nicht aus der letzten Krankheit herrühren; 4) die Alimentenforderungen; 5) Forderungen, bei denen besondere Rücksichten der Billigkeit, der Pietät oder des Mitleids eintreten [143]).

Fünfte Classe. In diese kommen alle diejenigen, welche überhaupt ihre Forderungen beim Concurse liquidiren können, und keinen Platz in den früheren Classen gefunden haben, mit Ausnahme einiger Gläubiger, die gleichsam eine sechste Classe bilden, und erst dann Befriedigung zu erwarten haben, wenn alle übrigen bezahlt sind. Auch die Specialpfandgläubiger, insofern sie aus der ihnen verpfändeten oder

---

rator bonorum, absentis et hereditatis iacentis findet jedoch dieß Privilegium nicht statt. L. 22. §. 1. D. ibid. S. oben §. 313, Note l.

138a) L. 26. 34. D. ibid.

139) L. 7. §. 2. 3. L. 8. D. depositi. (16. 3.) — L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.)

140) L. 7. §. 2. 3. L. 8. D. depositi. (16. 3.) L. 24. §. 2. D. de rebus auct. iud. possid. (42. 5.)

141) L. 24. §. 2. D. ibid.

142) L. 7. §. 2. D. depositi. (16. 3.) Vereinigung dieser sich widersprechenden Stellen (beide von Ulpian ad edictum) haben versucht Cujacius obs. X. 14. Schulting, Th. contr. LIX. Nr. 5 sq. Overbeck, de colloc. depos. 1806. Neustetel, römisch-rechtliche Untersuchungen I. 2.

143) Leyser sp. 487. med. 7. sagt: Quotiescunque creditor singularem aequitatis, pietatis, misericordiae favorem prae se habet, toties in quarta classe locandus est. Er bemerkt aber auch gleich vorher: erubescere iam et sine lege loqui incipimus.

hypothecirten Sache, keine oder keine volle Befriedigung erlangen, müssen in der fünften Classe als gemeine chirographarische Gläubiger berücksichtigt werden, daher man sie auch in den Locationsurtheln gewöhnlich, und zwar mit dem Zusatze: „soweit sie nicht in einer früheren Classe ihre Befriedigung gefunden," unter den chirographarischen Gläubigern wiederholt. Uebrigens kommt in dieser Classe auf das Alter der Forderung nichts an, sondern alle werden von dem vorhandenen Ueberreste der Masse pro rata befriedigt [144]).

In Ansehung der Zinsen ist für alle Classen zu bemerken, daß diese als Accessionen der Hauptforderung nach gemeinem Rechte gleiche Priorität mit der Hauptforderung selbst haben, und zwar ohne Rücksicht auf die Länge der Zeit und die Größe des Rückstandes [145]). Gleiche Grundsätze, wie bei den Zinsen, gelten auch von anderen Accessionen der Forderung, namentlich von den vor Ausbruch des Concurses erwachsenen Prozeßkosten [146]). (Die im Concursprozesse selbst erst für die liquidirenden Gläubiger erwachsenden Kosten werden aus der Masse gar nicht vergütet, selbst dann nicht, wenn der Schuldner vor dem Concurse, z. B. schon bei Aufnahme eines Darlehns, ausdrücklich versprochen hätte, daß dem Gläubiger auch die Concurskosten vergütet werden, und daß die etwa verschriebenen Pfänder auch dafür mit haften sollten. Denn er konnte den Concurs nicht verbindlich machen, für eine Forderung aufzukommen, die erst während des Concursprozesses und in Folge desselben entstand.) In den Ländern des sächsischen Rechtes [147]) läßt man die Zinsen im Concurse erst nach sämmtlichen Capitalforderungen zu. Ueberhaupt hat die Particulargesetzgebung in dieser Beziehung Vieles anders bestimmt, als das gemeine Recht [148]).

Erst wenn sämmtliche Gläubiger aller fünf Classen befriedigt sind, kommen noch zur Perception 1) der Fiscus wegen der Strafgelder, dafern nicht ein Vertrag deshalb geschlossen ist [149]). Die scheinbar entgegenstehende Stelle in **L. 37. D.** de iure fisci (49. 14.), nach welcher dem Fiscus für diesen Fall gleiche Stellung mit den übrigen Gläubigern zugeschrieben wird, enthält älteres Recht. Conventionalstrafen hingegen und Strafgelder, welche die Stelle des Interesse vertreten, sind den übrigen Forderungen gleich zu achten. Ob aber Strafgelder anderer Art, die nicht als eigentlicher Schadenersatz angesehen werden können, den wahren Gläubigern einen Vorzug lassen müssen, ist zweifelhaft, doch scheint das teutsche Recht [150]) die Frage zu bejahen. 2) Die-

---

144) **L. 6. C. de bonis auctor. iudic. possid. (7. 72.)**

145) Mevius, D. VIII. 464. Leyser, spec. 468. med. 2. Gmelin, Cap. 6, §. 2. Dabelow, S. 593 flg.

146) Schweppe, röm. Privatrecht, II. §. 362.

147) Torgauisches Ausschreiben v. J. 1583, Tit. vom Wucher §. „Jedoch wenn eines Schuldners Güter" u. s. w. (Cod. aug. I. S. 144.)

148) Vergl. Haubold, Lehrbuch des sächsischen Rechtes, 2. Ausgabe, §. 270, Zusatz 3.

149) **L. 17. L. 48. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. un. C. poenis fiscalibus creditores praef. (10. 7.)**

150) **C. C. C. art. 157.**

jenigen, deren Berechtigungen sich aus einem letzten Willen des verstorbenen Gemeinschuldners herschreibt, also z. B. die Legatarien. Solche Gläubiger müssen selbst als Pfandgläubiger allen denen weichen die bei Lebzeiten des Schuldners einen Anspruch an denselben erlangt haben[151]). 3) Auch der donatarius omnium bonorum, wenn er noch nicht im Besitze des geschenkten Vermögens ist, kann nur das bekommen, was nach Abzug aller Schulden übrig bleibt. Diejenigen aber, denen einzelne Sachen oder Summen vom Gemeinschuldner zu einer Zeit, wo er noch solvent war, geschenkt, jedoch noch nicht übergeben worden sind, können das Geschenkte, wie jeder andere Gläubiger, liquidiren[152]).

Allgemeine Regeln bei Beurtheilung der Befriedigung der Gläubiger sind folgende: 1) Jede spätere Classe kommt nur zur Perception, wenn die frühere vollständig befriedigt ist; bei Specialpfandgläubigern beschränkt sich dieß jedoch auf die ihnen verpfändete Sache, d. h. es kann aus dem Erlöse dieser Sache Niemand befriedigt werden, bevor nicht sie selbst vollständig bezahlt sind. 2) Gleichberechtigte theilen pro rata ihrer Forderungen. — Als Regeln der Priorität sind noch zu bemerken: 1) Durch Novation (also namentlich auch, wenn dem Schuldner die aus einem anderen Grunde herrührende Schuld als mutuum gelassen wird)[153]) geht der Vorzug einer Forderung verloren, nicht aber durch bloße Ausbedingung von Zinsen[154]). 2) Die Abfindung eines bevorzugten Gläubigers (nur nicht die blos zufällige Befriedigung desselben mit unserem Gelde[155])) bewirkt schon an sich den Eintritt in die Priorität des Abgefundenen; auch kann das Privilegium cedirt werden; doch genügt es zur Erlangung des privilegium exigendi des Abgefundenen, daß die Abfindung des Privilegirten bezweckt wurde[156]). 3) Hat sich ein bevorzugter Gläubiger für einen nicht bevorzugten verbürgt, oder zu dessen Gunsten auf den Vorzug Verzicht geleistet, so tritt der geringere Gläubiger an die Stelle des vorzüglicheren[157]). Namentlich gilt dieß, wenn die Ehefrau sich für eine Schuld ihres Mannes verbürgt hat. 4) Leugnet ein bevorzugter Gläubiger betrüglicher Weise, und um einen anderen zum Creditiren zu bewegen, sein Vorzugsrecht ab, so ist dieß so gut, als ob er zu des Letzteren Gunsten darauf Verzicht geleistet hätte[158]). Bei

---

151) L. 15. C. de legat. (6. 37.) L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 1. C. debit. vend. pign. imp. n. posse. (8. 29.) L. 22. §. 5. C. de iure delib. (6. 30.)

152) And. Mein. ist Leyser sp. 494. med. 6.

153) L. 15. D. de reb. cred. (12. 1.)

154) L. 44. D. de adm. tut. (26. 7.) Anderer Mein. ist Dabelow, S. 604.

155) L. 3. D. quae res pign. oblig. poss. (20. 3.) L. 3. 7. C. de priv. fisci. (7. 73.)

156) L. 2. D. de cess. bon. (42. 3.) L. 24. §. 3. D. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.) Ueber das ius offerendi et succedendi s. die betreffenden Artikel.

157) Walch l. c. §. 13 sq. Schweppe, römisches Privatr. II. §. 367. Ludovici, Cap. 10, §. 38.

158) Kind quaest. for. IV. 26.

abweichenden Gesetzen über die Priorität gelten die allgemeinen, freilich sehr bestrittenen Regeln über die Anwendung fremder Gesetze. Die Praxis scheint sich dafür zu erklären, daß die Gesetze desjenigen Landes die Norm der Entscheidung abgeben, wo der Concurs anhängig ist, es sei dieß nun der Wohnort des Schuldners oder nicht, wie denn namentlich der Particularconcurs in der Regel an einem anderen Orte anhängig ist. Also z. B. der Schuldner A hat in einem Lande gelebt, wo stillschweigende Hypotheken galten, und einem seiner Gläubiger, dem B, ist unter der Herrschaft der Gesetze dieses Landes eine solche Hypothek erwachsen. A wendet sich hierauf in ein anderes Land, wo die stillschweigenden Hypotheken abgeschafft sind, oder wo wenigstens für das Verhältniß, in dem B und A mit einander standen, keine derartige Hypothek gilt. In diesem Lande verfällt er in Concurs. Hier kann B, der bei diesem Concurse seine Forderung liquidirt, nicht verlangen, als hypothekarischer Gläubiger locirt zu werden. Nur dann, wenn ein ausländisches Grundstück zu einem inländischen Concurse gezogen werden sollte, würde der Stand der Reallasten und Hypotheken, nach den Gesetzen des Landes, wo das Grundstück liegt, beurtheilt werden müssen. — Eine andere Frage ist die, ob die Vorzugsrechte, die in den Gesetzen des Landes, wo der Concurs anhängig ist, gewissen Forderungen gegeben sind, auch den Ausländern, wenn sie dergleichen Ansprüche liquidiren, zu statten kommen? Die richtige Antwort scheint zu sein: privilegia causae können auch vom Ausländer, — privilegia personae nur vom Inländer geltend gemacht werden. Analog gilt dieß auch von den stillschweigenden Hypotheken. Sind sie der Person des Gläubigers (dem Fiscus, den Kirchen u. s. w.) bewilligt, so kann sie nur der inländische Fiscus, die inländische Kirche u. s. w. in Anspruch nehmen. Sind sie der Sache ertheilt, z. B. den Ansprüchen des Mündels an den Vormund, so kommen sie den Ausländern ebensowohl wie den Inländern zu statten (vorausgesetzt, daß überhaupt in foro concursus stillschweigende Hypotheken gelten).

Concursprozeß. Der Concurs als Prozeß ist theils Universal-, theils Particularconcurs. — Universalconcurs, insofern er das Vermögen des Gemeinschuldners als eine Gesammtheit umfaßt, — Particularconcurs, insofern er nur auf einen von dieser Gesammtheit losgetrennten Theil des Vermögens sich bezieht. Im Zweifelsfalle ist der Concurs als Universalconcurs zu behandeln, und das forum für denselben ist der ordentliche Gerichtsstand des Gemeinschuldners, oder, wenn dieser verstorben ist, der Gerichtsstand, den er bei Lebzeiten hatte. War dieses forum selbst ein mehrfaches, so kann auch ein mehrfacher Universalconcurs stattfinden. Doch geschieht dieß niemals, wenn Jemand in einem und demselben Staate ein doppeltes forum hat, wohl aber, wenn er in verschiedenen Staaten einen ordentlichen persönlichen Gerichtsstand, also namentlich, wenn er in mehr als einem Staate ein wirkliches domicilium gehabt hat. Der bloße Vermögensbesitz in einem Staate, dessen persönlicher Unterthan der Gemeinschuldner nicht war, ist kein hinlänglicher Grund, einen Universalconcurs zu seinem Vermö-

gen zu eröffnen, sondern kann nur einen Particularconcurs begründen. Selbst durch den Grundstücksbesitz wird für den iudex rei sitae ein Recht zu Veranstaltung eines Universalconcurses nur als Ausnahme in dem Falle begründet sein, wenn in dem Staate, wo das Grundstück liegt, der sogenannte landsassiatus plenus gilt, vermöge dessen der Grundstückbesitz den Besitzer nicht blos in dinglichen, das Grundstück betreffenden Angelegenheiten, sondern auch in allen persönlichen Civilrechtssachen dem iudex rei sitae unterwirft. — Der Particularconcurs hingegen kann neben dem Universalconcurse Platz greifen 1) in demselben Staate, dessen persönlicher Unterthan der Gemeinschuldner ist, und in welchem der Universalconcurs verhandelt wird, jedoch dann nur wegen solcher Vermögenstheile, die nach der Verfassung des Staates ein besonderes Ganze bilden, und zwar in der Maße, daß für sie eine besondere Gattung von Gerichtsbarkeit besteht, die dem gewöhnlichen Civilrichter nicht zukommt. Dieß ist in den meisten Ländern der Fall bei Lehengütern und Bergtheilen. Allein blos deshalb, weil ein Theil des Vermögens des Schuldners sich nicht unter der Jurisdiction des ordentlichen Richters, vor dem der Universalconcurs anhängig ist, befindet, darf kein Particularconcurs eröffnet werden, sondern dieser Richter läßt entweder die zerstreut gelegenen Vermögensstücke durch den curator bonorum sammeln, oder requirirt (namentlich bei Grundstücken) den Richter, unter dessen Jurisdiction sie gelegen sind, um die Veräußerung derselben zu bewirken; den Erlös aber zieht er zu der von ihm verwalteten Hauptmasse. — 2) In einem anderen Staate, dessen Unterthan der Gemeinschuldner nicht ist, kann ein Particularconcurs eröffnet werden wegen aller in den Grenzen dieses Staates befindlichen Vermögenstheile des Schuldners, — wenigstens wenn diese in körperlichen Sachen bestehen, gleichviel ob es bewegliche oder unbewegliche sind; — ob aber auch wegen bloßer Außenstände, welche der Gemeinschuldner bei Unterthanen des auswärtigen Staates zu fordern hat, ist zweifelhaft, und die Praxis hat sich öfter dagegen, als dafür ausgesprochen. Wenn also z. B. ein Gemeinschuldner, der in Bayern lebt, und dessen Universalconcurs dort anhängig ist, in Sachsen ein Waarenlager besitzt, so würde in Sachsen ein Particularconcurs eröffnet werden, nicht aber, wenn er blos an sächsische Unterthanen Geld zu fordern hätte, ohne innerhalb der Grenzen Sachsens körperliche Sachen zu besitzen. Besäße er aber dergleichen, und eröffnete also der sächsische Richter den Particularconcurs, so würden dann auch diejenigen Forderungen des Gemeinschuldners, die er in Sachsen außenstehen hätte, mit dazu gezogen werden können; wenigstens ist dieß in der Wirklichkeit oft geschehen. Hätte der Gemeinschuldner in mehreren ausländischen Staaten Besitzthümer, so würden auch mehrere Particularconcurse eröffnet werden müssen. Befände sich aber nur in verschiedenen Orten eines und desselben auswärtigen Staates etwas zu seinem Vermögen Gehöriges, so wäre in diesem Staate nur ein einziger Particularconcurs zulässig, und zwischen den mehreren Richtern, unter deren Jurisdiction sich die verschiedenen Vermögensgegenstände des Cridars befinden, würde die Prä-

vention darüber entscheiden, vor welchem von ihnen der Particularconcurs fortzustellen sei. Wenn also z. B. ein in München wohnender, also den dortigen Gerichten unterworfener Kaufmann Bankerott machte und er hätte in Leipzig, in Weimar und Gotha Waarenlager, so würden außer dem Universalconcurse in München noch drei Particularconcurse an den letztgenannten drei Orten geführt werden. Hätte er aber diese Waarenlager in Dresden, in Leipzig und in Zittau, also alle innerhalb der Grenzen des Königreichs Sachsen, so könnte nur ein Particularconcurs stattfinden, und dieser würde von dem Richter verhandelt werden müssen, der zuerst die edictales erlassen hat. — 3) Der Particularconcurs kann niemals eröffnet werden, wenn nicht schon vor dem ordentlichen persönlichen Richter des Cridars der Universalconcurs eröffnet worden ist. Auch kann nur der Richter, vor dem ein Universalconcurs des Schuldners geführt werden kann, eine cessio bonorum desselben annehmen. Sind aber mehrere Richter zu Eröffnung eines Universalconcurses berechtigt, so kann jeder von ihnen denselben anfangen sobald er die Ueberzeugung erlangt, daß die allgemeinen Erfordernisse zur Concurseröffnung, also namentlich Insolvenz des Schuldners, überhaupt vorhanden sind. — 4) Auch bei dem Particularconcurse kann jeder Gläubiger seine Forderung liquidiren, ohne Unterschied, ob er Inländer oder Ausländer ist, — er kann sie selbst bei mehreren dergleichen Concursen anmelden und hat bei jedem derselben Anspruch auf Befriedigung; nur müssen die Richter dieser verschiedenen Concurse sich mit einander in Communication setzen, weil es außerdem leicht geschehen kann, daß ein einzelner Gläubiger, der sich mit seiner Forderung bei mehreren zu dem Vermögen seines Schuldners ausgebrochenen Concursen gemeldet hat, überzahlt wird, d. h. aus allen Massen zusammen mehr empfängt, als er überhaupt zu fordern hat, — was natürlich nicht geschehen darf; es muß vielmehr das, was er aus der zuerst zur Distribution kommenden Masse erhalten hat, ihm bei der zunächst zur Ausschüttung kommenden als bereits empfangen angerechnet werden, so daß er bei dieser letzteren nur pro rata des Restes, den er überhaupt noch zu fordern hat, befriedigt wird. Wenn hin und wieder bei den Particularconcursen dem sich meldenden Inländer eine Priorität vor dem Ausländer gegeben wird, so ist ein solches Verfahren, wenn es nicht in besonderen Gesetzen seine Rechtfertigung findet, geradezu rechtswidrig zu nennen, und wenigstens läßt sich kein Grund für dasselbe aus dem gemeinen Rechte entnehmen. — Manche Staaten Teutschlands befolgen für den Fall, daß Güter eines Gemeinschuldners, der auswärts sein forum ordinarium hat, sich im Inlande vorfinden, den weit einfacheren Grundsatz, daß sie gar keinen Particularconcurs eröffnen, sondern die in ihren Grenzen befindlichen Vermögenstheile oder das dafür gelöste Geld an die Hauptconcursmasse verabfolgen lassen, — was aber freilich, besonders wenn unbewegliche, mit ausdrücklichen oder stillschweigenden Hypotheken behaftete Güter in Frage stehen, auch wiederum seine großen Unbequemlichkeiten hat. — Bei den Römern stand die Lehre vom Universal- und Particularconcurs durchaus anders, und namentlich

konnte die venditio bonorum auch vor einem forum speciale stattfinden [159]).

Anfangspunkt des Concursprozesses. Wie er zu bestimmen sei, darüber sind die Meinungen der Rechtslehrer sehr getheilt [160]). Bei den Römern begann er unstreitig mit der missio in bona oder der cessio bonorum, und beide Formen hatten höchst wahrscheinlich (denn an ganz bestimmten Zeugnissen fehlt es) in gleicher Maße die Wirkung, daß für die Gläubiger, worunter im römischen Concurse allemal nur die Chirographarier zu verstehen sind, das prätorische Pfandrecht entstand. Allein da in Teutschland, wenn auch die cessio bonorum, doch keine eigentliche missio in bona mehr stattfindet, übrigens auch die Wirkungen Beider viel größer sind, wie bei den Römern, so bedarf es bei uns nothwendig anderer, aber schon wegen der Wichtigkeit der Wirkungen des formellen Concurses auf die Rechte dritter Personen sehr genauer Bestimmungen über den Anfangspunkt des eigentlichen Concursprozesses. An und für sich beginnt der Concursprozeß mit dem Augenblicke, wo der Richter erklärt, daß er denselben eröffne, nicht aber beginnen auch in denselben Augenblicke alle Wirkungen des formellen Concurses, sondern diese treten zum Theil schon früher ein, zum Theil später, — früher besonders in Bezug auf den Gemeinschuldner selbst, wenn dieser etwa schon früher die cessio bonorum erklärt hatte, ohne daß der Richter sofort darauf Rücksicht nahm, oder wenn der letztere jenem die Veräußerung seiner Güter in Voraussicht des nahe bevorstehenden Concurses untersagt hatte. In diesen Fällen nämlich wird allerdings der Schuldner, wenn er dennoch über sein Vermögen zu disponiren fortfährt, strafbar sein, aber die absolute Nichtigkeit seiner Handlung dürfte sich hier noch kaum behaupten lassen; vielmehr würden die Dispositionen des Schuldners nur mittelst der actio Paulliana — also auch nur wenn und insoweit dieselbe statthaft ist — zu rescindiren sein. Die Nichtigkeit der Verfügungen des Schuldners über sein Vermögen fängt erst mit dem vorhin bezeichneten Zeitpunkte der eigentlichen Concurseröffnung an, ja, insofern sie dritte Personen betrifft, sehr oft erst später, nämlich mit dem Augenblicke, wo die Concurseröffnung durch Erlassung der Edictalcitation öffentlich bekannt gemacht wurde. Dieß gilt wenigstens von allen den Geschäften, wo der Dritte vom Gemeinschuldner, dessen Verfall in Concurs ihm unbekannt war, nicht erst erwarb, sondern entweder nur empfing, was er auf den Grund einer früheren Verbindlichkeit von ihm zu fordern hatte, oder gar blos seine eigene Verbindlichkeit gegen denselben tilgte. Wer also z. B. nach der Concurseröffnung, aber vor Erlassung der Edictalien von dem Gemeinschuldner einen zur Masse gehörigen Gegenstand kaufte, und über-

---

159) L. 1. 2. 3. D. de rebus auctoritate iudicis poss. (42. 5.) Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet: id est, ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

160) Walch, controv. iur. sect. IV. c. III. p. 408. Danz, Th. II, S. 163. Winckler, opusc. Vol. II. P. II. p. 4. §. 4.

geben erhielt, der wird allerdings, wenn wir den oben entwickelten Satz, daß durch den Concurs das Vermögen des Gemeinschuldners auf die Gläubiger eigenthümlich übergehe, als Princip des teutschen Rechtes anerkennen, durch eine von dem curator bonorum anzustellende rei vindicatio, oder, wenn man lieber will, Nichtigkeitsklage genöthigt werden können, die empfangene Sache wieder heraus zu geben. Allein wer von dem Gemeinschuldner, ohne dessen Lage zu kennen, nachdem vom Richter die Resolution zur Concurseröffnung zwar gefaßt, doch aber die Edictalcitation noch nicht erlassen war, eine früher gekaufte Sache übergeben erhielt, oder seinerseits zur Tilgung einer eignen Schuld eine Zahlung leistet, der kann auf Herausgabe der Sache oder nochmalige Bezahlung vom curator bonorum nicht belangt werden. — Die Praxis hat diese Sätze verschiedentlich anders gestaltet. So wird z. B. angenommen, daß, wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Concurses verstorben oder entflohen ist, der formelle Concurs mit dem Tode oder der Flucht angefangen habe, wenn auch die richterliche Resolution, das Concursverfahren zu eröffnen, erst weit später gefaßt, und die Masse indessen in den Händen der Erben oder Angehörigen des Verstorbenen oder Entwichenen geblieben ist. In Sachsen ging man ehemals[161]) so weit, den Anfangspunkt des Concurses auf die Zeit zurück zu datiren, wo der Schuldner einen vergeblichen Vergleich vor Gericht mit seinen Gläubigern versucht hatte, wenn er auch noch lange nachher sein Vermögen ohne alle Einmischung der Gläubiger oder des Gerichtes persönlich verwaltet hatte. Andere[162]) wollten den Concurs von dem Momente an rechnen, wo der Richter zuerst solche Handlungen, welche auf die Sicherheit der gesammten Gläubiger abzweckten, vorgenommen hatte, was freilich ein sehr unsicheres Anhalten geben würde. In manchen Ländern wird ein förmlicher Bescheid, worin auf Concurseröffnung erkannt wird, abgefaßt und publicirt, und der Concursprozeß, also auch alle Wirkungen des formellen Concurses fangen erst mit dem Augenblicke der Rechtskraft jenes Bescheides an. Dieß ist allerdings die sicherste Maßregel, indessen läßt sich wenigstens ihre Nothwendigkeit aus dem gemeinen Rechte nicht beweisen.

Die Veranlassung zur Eröffnung des Concurses geht, wie bereits S. 794 bemerkt worden ist, entweder von dem Gemeinschuldner selbst aus, indem er bonis cedirt, oder von seinen Gläubigern, indem sie darum nachsuchen, wo sie dann zugleich anführen und bescheinigen müssen, daß Insolvenz des Schuldners vorhanden sei, — oder der Richter verfährt ex officio, was natürlich nur geschehen darf, wenn er die triftigsten Gründe hat, den Schuldner für insolvent zu halten. Gewöhnlich fordert er denselben auf, eine Uebersicht seines Vermögens und seiner Schulden (einen sogenannten status activus und passivus) herauszugeben, und beurtheilt darnach (nöthigenfalls nach vorgängiger Untersuchung der Richtigkeit dieser status), was zu thun sei. Auf ähnliche

161) Biener, syst. pross. edit. Siebdrat et Krug §. 288.
162) Biener l. c. not. 3 a. E. (s. den Zusatz der Herausgeber).

Weise verfährt er, wenn die Gläubiger um Concurseröffnung nachsuchen. Auch den vom Schuldner bei der cessio bonorum zu überreichenden status activus und passivus (s. S. 795) hat der Richter zu prüfen. Denn fände sich, daß die Activa stärker wären als die Passiva, daß mithin keine Insolvenz vorhanden wäre, so müßte wenigstens nach heutigem Rechte (anders in Rom) die cessio bonorum zurückgewiesen werden. Ueber die Vortheile, welche die cessio bonorum dem Schuldner verschafft, und über die Bedingungen, unter denen sie ihm zugestanden werden, ist oben schon das Nöthige gesagt worden. Die hauptsächlichste jener Wohlthaten war, daß er von der persönlichen Haft befreit blieb. Da nun die persönliche Haft für bloße Civilverbindlichkeiten in Teutschland überhaupt, wenigstens gemeinrechtlich, nicht mehr Statt hat, so ist das beneficium cessionis bonorum gegenwärtig von geringer Wichtigkeit, und nur insofern von Bedeutung, als auch in den Staaten, wo aus Wechseln, oder ähnlichen ihnen gleichgestellten Forderungen Arrest auch gegen den bonis cedirenden Schuldner verfügt wird, demjenigen, der jenes beneficium ergreift und rechtmäßig ergreifen kann, von dem Richter auf längere oder kürzere Zeit ein besonderer salvus conductus, d. h. ein Schutz gegen diejenigen Creditoren, welche auch jetzt noch Personalarrest über ihn verhängen könnten, also namentlich gegen die Wechselgläubiger gegeben wird. Dieses sichere Geleit ertheilt bald der Concursrichter, bald die höhere Behörde, und es schützt den Schuldner allenthalben im Inlande (aber freilich nicht im Auslande). Findet sich später, daß er dieser Begünstigung unwerth war, so kann sie ihm wieder entzogen werden.

Die Pflichten des Richters im Concursprozesse sind mannichfaltiger Art. Seine Thätigkeit hat hinsichtlich des äußeren Umfanges eine doppelte Richtung: A auf die Masse; B auf die Gläubiger und ihr Verhältniß, theils unter sich, theils zu dem Schuldner. — Ad A. In Bezug auf die Masse betreffen sie a) die Sicherstellung, b) die Constituirung, c) Verwaltung und Veräußerung der Masse. — Ad B. In Bezug auf die Gläubiger im Verhältniß unter sich und zum Schuldner sind sie a) Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, um zu ermitteln, wer einen gerechten Anspruch an den Concurs hat; b) Locirung dieser Gläubiger in die gehörige Rangordnung; c) Vertheilung der Masse in den gesetzlichen Verhältnissen. — Dagegen lassen sich die Pflichten des Richters hinsichtlich ihres inneren Umfanges auf folgende Punkte zurückführen. A) Er soll eine polizeiliche Aufsicht ausüben, damit der öffentliche Zweck des Concurses als eines Mittels zu (indirecter) Förderung des Gemeinwohls erreicht werde. Hierauf beruht namentlich sein Recht, das Concursverfahren, ohne den Antrag weder der Gläubiger noch des Schuldners zu erwarten, ex officio zu eröffnen, — gegen den dolosus decoctor mit polizeilichen oder auch strafrechtlichen Maßregeln zu verfahren u. s. w. — B) Er soll Acht haben, daß der Zweck des Concurses in Bezug auf den privatrechtlichen Zweck erreicht werde. Hier sind vorzüglich zwei Punkte herauszuheben: 1) Er ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die Mittel hierzu, auch wenn sie in den

Gesetzen nicht ausdrücklich vorgeschrieben sind, aus dem Gesichtspunkte einer erlaubten (d. h. den Gesetzen nicht entgegenlaufenden Zweckmäßigkeit zu wählen, und 2) er soll dafür sorgen, daß die Ausübung des Rechtes der Gläubiger auf eine Weise geschehe, bei der zwar der Zweck des Concurses erreicht, aber weder das Recht des Gemeinschuldners noch die Rechte dritter Personen verletzt werden. — Hier wird der weiteren Erörterung die durch den äußeren Umfang der richterlichen Pflichten gegebene Norm zu Grunde gelegt, und das, was von den Parteien zu thun ist, am gehörigen Orte eingeschaltet werden.

Pflichten des Richters in Bezug auf die Masse. Sicherung derselben. So wie der Richter die Resolution den Concurs zu eröffnen gefaßt hat, muß er sofort dem Schuldner die Verwaltung seines Vermögens abnehmen. Liegt Verdacht vor, daß dieser etwas verheimliche, so kann er ihm, ja sogar seinen Familienmitgliedern und Hausgenossen einen Manifestationseid abfordern [163]). An allen diesen Handlungen darf er sich durch Protestationen des Schuldners oder dritter Personen nicht abhalten lassen[164]). Die Habe des Gemeinschuldners wird vorläufig versiegelt. — Nicht unbedingt nöthig, aber doch oft nützlich wird es sein, die Schuldner des Gemeinschuldners sofort von der Concurseröffnung zu benachrichtigen, damit sie nicht in der Unwissenheit über das, was geschehen ist, noch an ihn zahlen. Sachen, die nicht füglich aufbewahrt werden können, werden sofort verkauft, die übrigen in sichere Verwahrung gebracht, hiernächst sobald als möglich ein curator bonorum bestellt.

Constituirung der Masse. Der erste Schritt hierzu ist die Fertigung eines Inventariums, das der Richter selbst macht, oder durch den curator bonorum machen läßt. Nächstdem muß er besorgt sein zu erfahren, ob und wo etwa noch unbekannte, vom Gemeinschuldner vergessene oder auch geflissentlich verschwiegene zur Masse gehörige Gegenstände vorhanden sind, und muß solche sammeln, oder den curator bonorum anweisen, dieß zu thun. Auch hat er Obsicht zu führen, daß der letztere die Außenstände des Gemeinschuldners einziehe und zum gerichtlichen Depositum bringe, auch sonstige Rechte des Gemeinschuldners gegen dritte Personen zum Vortheile des Concurses geltend mache; — ebenso müssen auch die nicht zur Masse gehörigen fremden Eigenthumsstücke von derselben, da nöthig, nach vorgängigem Beweise des Rechtes der Eigenthümer abgesondert werden.

Verwaltung der Masse. Diese liegt zwar zunächst dem curator bonorum, jedoch unter steter Aufsicht des Richters ob. Auch muß der Richter, wo es nöthig ist, z. B. wenn Landgüter oder Handlungen zur Masse gehören, von Amtswegen einen oder mehrere Sequester bestellen. — Zur Verwaltung der Masse gehört auch die Abtragung der auf derselben haftenden Massenschuld.

---

163) L. fin. §. 10. C. de iure deliber. (6. 30.) Werner, obs. for. VII. VIII. Klaproth, Einleitung zu den summarischen Prozessen, §. 314.
164) Mevius, P. VI. Decis. 337.

Veräußerung der zur Masse gehörigen, nicht schon an sich in baarem Gelde bestehenden Gegenstände. So sehr Beschleunigung hierbei rathsam ist, so wenig darf sich doch der Richter übereilen, und nicht durch den Wunsch, die Masse möglichst bald in's Geld zu setzen, sich verleiten lassen, sie auf eine Weise zu verkaufen, bei der geringere Preise erlangt werden, als außerdem zu erlangen gewesen sein würden. Es versteht sich übrigens, daß die Veräußerung, so weit möglich, durch Auction und, bei unbeweglichen Dingen, durch Subhastation geschehen muß. Doch ist Verkauf aus freier Hand, wo er zweckmäßig scheint, nicht ausgeschlossen. So kann z. B. der Richter, wenn der Gemeinschuldner einen Detailhandel hatte, die Handlung durch einen Sequester noch einige Zeit fortsetzen lassen, um so viel Waaren als möglich zu den gewöhnlichen Verkaufspreisen unterzubringen, worauf sodann blos der im Einzelnen schwer verkäufliche Rest verauctionirt oder im Ganzen losgeschlagen wird. Nur in einem Falle kann der curator bonorum und der Richter das Vermögen des Gemeinschuldners nicht ganz unbeschränkt veräußern, auch wenn es freies und unbeschränktes Eigenthum des Letzteren gewesen wäre. Dieß ist der Fall, wenn eine politische Gemeinde in Concurs geräth (s. S. 796). Hier muß nämlich das Gemeindevermögen, wenigstens insoweit es zu dem Bestehen der Gemeinde dringend nothwendig ist, so viel als möglich erhalten werden. Es werden aber zu Befriedigung der Gläubiger nicht nur die Einkünfte der Gemeinde sequestrirt und — ebenfalls nach Abzug dessen, was das öffentliche Bedürfniß der Gemeinde erheischt — zur Befriedigung der Gläubiger verwendet, sondern es werden auch gewöhnlich noch besondere directe oder indirecte Ausgaben unter Genehmigung der Regierungsbehörde in der Gemeinde eingeführt, deren Ertrag ebenfalls zur Schuldentilgung bestimmt wird. Man nennt Concurse dieser Art Sequestrationsconcurse. Nicht selten belegt man aber mit diesem Namen auch das zum Vermögen eines Privatmannes ausgebrochene Creditwesen, wenn der größere Theil dieses Vermögens aus unveräußerlichen Gütern (Lehen, Familienfideicommissen u. dgl.) besteht, deren Einkünfte also gesammelt und unter die Gläubiger vertheilt werden, so lange bis entweder die Schulden bezahlt sind, oder das Recht des Gemeinschuldners auf den Fruchtgenuß erlischt, oder der Verkauf der Güter selbst rechtlich möglich wird.

In Bezug auf die Gläubiger im Verhältniß unter sich und zum Schuldner liegt dem Richter zunächst ob, a) die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, um zu ermitteln, wer einen gerechten Anspruch an den Concurs hat. Das Erste und Nothwendigste in dieser Beziehung ist die Erlassung der Edictalladung, vermittelst welcher die Eröffnung des Concurses zum Vermögen des Insolventen bekannt gemacht, und die Gläubiger zur Anmeldung und Bescheinigung ihrer Forderungen auf einen bestimmten Tag unter der Verwarnung vorgeladen werden, daß sie, wenn sie der Citation nicht gehorchen, von der Theilnahme an der gegenwärtigen Masse für ausgeschlossen geachtet werden sollen. Diese Ladung muß öffentlich bekannt gemacht werden, und zwar wird sie nach

der Analogie reichsgesetzlicher Vorschriften [165]) in dem Gerichtslocale zweier oder dreier Orte, an denen die meisten Gläubiger zu erwarten sind, ausgehängt. Die Particulargesetzgebungen bestimmen hierüber gewöhnlich das Nähere. Diese Ladung macht eins der Hauptmerkmale aus, wodurch sich das heutige Concurswesen von dem Rechte der Pandekten und des Coder unterscheidet, und sie hängt eng zusammen mit der Idee, daß die Gesammtheit der Gläubiger eine Art von universitas ausmache. Ja der Zweck ihrer Erlassung ist kein anderer als der: zu ermitteln, wer an der Gemeinschaft der Gläubiger, denen das Eigenthum der Masse zusteht, Theil nehme, oder nicht. Bei den Römern, bei denen jene Idee einer universitas creditorum wenigstens bei Weitem nicht so ausgebildet war, überließ man es dem Zufalle, wer von den Gläubigern sich zur Theilnahme an der distractio bonorum meldete, und nur erst in späterer Zeit wurde ein peremtorischer Termin gesetzt, nach dem sich Niemand mehr mit Rechtswirkung melden konnte. In Teutschland scheint die Edictalcitation im 16. Jahrhunderte üblich geworden zu sein. Sie ist nothwendig eine Edictalladung, weil sie an Interessenten gerichtet ist, die ihrer Person und Zahl nach unbekannt sind. Deshalb kann auch ihre Stelle durch eine Privatcitation an sämmtliche bekannte Gläubiger keineswegs vertreten werden. Doch ist es in einigen Ländern üblich, die bekannten Gläubiger noch besonders durch Privatcitationen vorzuladen [166]). Sie ist nur gerichtet an die Liquidanten, nicht aber an die Vindicanten oder Separanten, noch viel weniger an die im engeren Sinne so zu nennenden Massegläubiger. Schweppe behauptet zwar, S. 215, 216, die Edictalcitation müsse auch an die Vindicanten gerichtet sein. Diese Meinung, der auch andere Rechtslehrer beigetreten sind, ist jedoch weder in der Theorie begründet, noch in der Praxis angenommen. Der Zweck der Edictalladung im Concurse ist, wie bemerkt, kein anderer, als die Ermittelung derjenigen Personen, die an der oben beschriebenen universitas creditorum Theil nehmen wollen. Da nun Vindicanten an derselben der Natur der Sache nach nicht Theil nehmen, so kann sie an diese auch nicht gerichtet sein [167]). Allerdings steht in manchen dergleichen Citationen die Clausel: daß diejenigen, welche ex capite crediti vel alio quocunque titulo an den Gemeinschuldner etwas zu fordern hätten, sich melden sollten. Allein dieser alius titulus wird nicht auf die Vindicanten bezogen, sondern es heißt jene Formel weiter nichts, als: es sollen diejenigen, welche dem Ge-

---

165) Landfrieden von 1548, Tit. XI, §. 1.

166) Wenn Schweppe, §. 113, S. 218, die Nothwendigkeit behauptet, daß die bekannten Gläubiger noch durch besondere Privatcitationen vorgeladen werden müßten, und die Gegner dieser Meinung „einer verkehrten Ansicht" und „unjuristischer Betrachtungen" beschuldigt, so verkennt er das Wesen der Edictalcitation und den Zweck derselben.

167) Auch widerspricht sich der genannte Schriftsteller gewissermaßen selbst, indem er S. 222 erklärt, daß die Vindicanten von der Präclusivsentenz in der Regel nicht getroffen würden.

meinschuldner Geld geliehen haben (caput crediti), oder denen er aus einem anderen obligatorischen Verhältnisse etwas schuldig ist, ihre Forderungen anzeigen. Weit zweifelhafter dagegen ist die Frage: ob die Edictalladung auch die Pfandgläubiger angehe. Nach römischem Rechte nahmen diese, und zwar die Hypothekarier ebensowohl wie die Faustpfändner, an dem Concurse gar keinen Theil, wenigstens waren sie nicht dazu genöthigt; wohl aber waren sie berechtigt, ihr Pfandrecht gegen jeden Inhaber der verpfändeten Sache, also auch gegen den dritten Besitzer, geltend zu machen. Da nun dieß, nachdem die distractio bonorum an die Stelle der venditio per universitatem getreten war, zumal für die Generalpfandgläubiger nothwendig eine sehr beschwerliche Sache sein mußte, so werden sie nun zwar wahrscheinlich in Zeiten und ehe die Güter des Gemeinschuldners verkauft wurden, aufgetreten sein und ihr Pfandrecht geltend gemacht haben, allein sie wurden doch nicht Theilnehmer an dem Vereine, den die chirographarischen Gläubiger bildeten, sondern sie standen vielmehr diesen als selbstständige Partei gegenüber. Was die Faustpfändner anlangt, so hatten sie nicht einmal nöthig, sich um den Concurs zu bekümmern, sondern sie behielten ihr Pfand, verkauften es seiner Zeit und lieferten nur den nach ihrer Befriedigung übrig gebliebenen Rest des Erlöses ab. Gegenwärtig aber verlangt man, daß nicht nur die Inhaber ausdrücklicher und stillschweigender Hypotheken, sondern auch die Faustpfandgläubiger sich beim Concurse melden, und ihrer Forderung für verlustig geachtet werden sollen, wenn sie diese Meldung unterlassen. Von den Letzteren, den Inhabern eines Faustpfandes, fordert man zugleich (was freilich mit der ihnen auferlegten Nothwendigkeit, im Concurse zu liquidiren, auf das Engste zusammenhängt), daß sie das Pfand an die Masse abliefern sollen. Hieraus folgt, daß wenn sie die Liquidation unterlassen haben, und präcludirt worden sind, der curator bonorum ihnen die verpfändete Sache abfordert, ohne daß ihre Exception eines ihnen daran zustehenden Pfandrechtes berücksichtigt wird. Sie verlieren also durch die unterlassene Meldung Pfand und Ansprüche an den Concurs zugleich. Wo dieß durch die Particulargesetzgebung ausdrücklich festgestellt ist, kann die Sache natürlich keinem Zweifel unterliegen [168]). Die Frage ist aber, ob man das Gleiche auch schon als Vorschrift des heutigen gemeinen Rechtes ansehen dürfe[169]). Die für die bejahende Meinung angeführten Gründe sind in der Hauptsache folgende: 1) Die sogenannte Universalität des Concurses, oder die Eigenschaft desselben, vermöge de-

---

168) Vergl. in Bezug auf Sachsen Haubold, Lehrbuch, §. 212. Kind, quaest. tom. IV. cap. 35. ed. II.

169) Gönner, Prozeß, Th. IV, N. 82, §. 10. Götz, rechtliche Entscheidungen der juridischen Facultät zu Altorf (Nürnberg 1808), Th. I, S. 1 flg. Kapff, merkwürdige Rechtsaussprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe in Württemberg (Tübingen 1821), Th. I, S. 246. v. Schirach, Beiträge zu Anwendung des Rechtes (Hamburg 1822), IV. 24. v. Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. VII, S. 323. Pfeiffer, praktische Ausführungen, Bd. II, S. 168.

ren er den ganzen Activ- und Passivzustand des Schuldners umfassen soll. 2) Der Inhalt der Edictalcitation, welche wenigstens alle diejenigen, die einen aus Obligationsverhältnissen (wie sie dem Pfande immer zu Grunde liegen) herrührenden Anspruch an den Gemeinschuldner haben, zur Meldung beim Concurse vorladet, und für den Fall des Nichterscheinens mit dem Verluste ihrer Forderung bedroht. 3) Die gänzliche Verschiedenheit des römischen Hypothekenwesens von dem unsrigen. — Allein alle diese Gründe sind ungenügend. Die Universalität des Concurses ist, wie Schweppe [170]) richtig bemerkt, ein doctrineller Begriff, der nichts beweist, was nicht schon außerdem bewiesen ist. Was den Inhalt der Edictalcitation betrifft, so ist es eben die Frage, wie dieser zu verstehen sei, und ob die Pfand- und Hypothekengläubiger, die doch neben ihrem Forderungsrechte auch ein dingliches Recht haben, durch das Präjudiz der Edictalladung getroffen werden oder nicht. Unser Hypothekenwesen endlich ist zwar von dem römischen wesentlich verschieden, indessen bezieht sich diese Verschiedenheit doch nur auf die ausdrücklichen Hypotheken, — und deren Stellung ist heutzutage eine solche, daß es eigentlich der Anmeldung derselben im Concurse vielweniger als in Rom bedürfte. Denn bei uns erhellet, mindestens in Bezug auf ausdrückliche Specialhypotheken, sofort aus den Hypothekenbüchern, wer hypothekarischer Gläubiger und auf welche Summe er es sei, sowie auf welchem Grundstücke und in welcher Ordnung die Hypotheken stehen, — wogegen bei den Römern die Erlangung einer solchen officiellen Notiz ganz unmöglich war. — Die Antwort auf die obige Frage scheint daher vielmehr folgende sein zu müssen. Der teutsche Concurs trägt das Eigenthum des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Concursgläubiger über, hört aber deshalb nicht auf, ein Mittel zur Befriedigung der Gläubiger, eine Art von Generalexecution zu sein, daher denn auch die Creditoren das Vermögen des Schuldners nicht behalten, sondern verkaufen sollen, damit die Schulden soweit möglich davon getilgt werden. Somit geht denn auch das Eigenthum sämmtlicher verhypothecirten oder verpfändeten Gegenstände auf den Concurs über. Hier tritt jedoch ein wesentlicher Unterschied zwischen den Hypotheken und Faustpfändern ein. Die mit Hypothek belasteten Sachen kommen zugleich in den Besitz der Gläubiger. Nun kann aber der hypothekarische Gläubiger, die in den Besitz und das Eigenthum eines Dritten übergegangenen, ihm hypothekarisch verhafteten Sachen erst dann angreifen, wenn er zuvörderst von dem eigentlichen Schuldner seine Befriedigung zu erlangen gesucht hat [171]). — Dieß wenigstens nach Justinianischem Rechte, denn nach dem älteren hatte er die Wahl, ob er zuerst den Schuldner und dessen Erben, oder den Besitzer der Hypothek in Anspruch nehmen wollte [172]). Folglich kann sich der hypothekarische Gläubiger nicht sofort

---

170) §. 11, S. 27.
171) Nov. IV. cap. 2.
172) L. 2. u. 5. C. de fideiussor. (8. 41.) L. 19. D. qui potior. in

an den Concurs als eine dritte im Eigenthume und Besitze der verpfändeten Sache befindliche Person halten, sondern er müßte erst vom Schuldner seine Befriedigung zu erlangen suchen. Um aber dieß zu bewirken, muß er im Concurse liquidiren, eben weil das ganze Vermögen des Schuldners zum Behufe der Befriedigung der einzelnen Gläubiger auf die Gesammtheit derselben übergegangen ist. In Rom hatte er dieß nicht nöthig, weil hier der Schuldner auch noch während des Concurses Vermögen hatte, und namentlich Eigenthümer der verpfändeten Sache geblieben war; jetzt aber fällt die Belangung des in Concurs verfallenen Schuldners mit der Erklärung, am Concurse Theil nehmen zu wollen, d. i. mit der Liquidation, in Eins zusammen. — Nimmt man nun hierzu noch die in Teutschland von jeher sehr verbreitete (wiewohl in dieser Ausdehnung aus den römischen Gesetzen nicht zu rechtfertigende) Ansicht, daß durch die nothwendige gerichtliche Subhastation die Hypotheken, welche auf dem subhastirten Gegenstande gehaftet haben, stets und ohne Rücksicht, ob ein früherer oder späterer Pfandgläubiger die Subhastation ausbrachte, erlöschen, so daß die verkaufte Sache hypothekenfrei in die Hände des Käufers übergeht, und den Gläubigern, denen sie verhaftet war, nur das vorzügliche Recht auf Befriedigung aus den Kaufgeldern bleibt, so konnte man dem Hypothekarier auch nicht einmal ein künftig geltend zu machendes Recht gegen denjenigen zugestehen, der die verpfändete Sache aus der Masse kaufte. Hatte nun jener Gläubiger solchergestalt weder eine Klage gegen den Concurs, als den Besitzer der verpfändeten Sache, noch auch gegen den künftigen Ersteher, so blieb ihm freilich nichts übrig, als sich der Gesammtheit der Concursgläubiger anzuschließen, d. i. im Concurse zu liquidiren, und auf diese Weise gleichzeitig sein persönliches Recht gegen den Schuldner und sein dingliches Recht auf den verpfändeten Gegenstand geltend zu machen. — Will man freilich, wie Mehrere thun[173]), die Bestimmungen in Nov. 4 durch Nov. 112 für abgeändert ansehen, und annehmen, daß dem Inhaber der einem Anderen speciell und namentlich verpfändeten Sache die exceptio excussionis wider die gegen ihn angestellte hypothekarische Klage vorzuschützen, nicht mehr gestattet sei, und daß die Wohlthat der Excussion dem Besitzer nur bei einer Generalhypothek der Gläubiger zustehe, so würde das so eben Gesagte allerdings nur auf die Generalhypothekarier passen; nur diese würden beim Concurse liquidiren müssen, um sich ihr Recht zu sichern. Die Specialhypothekarier aber würden auch noch heutzutage keiner Liquidation bedürfen, sondern unmittelbar die hypothekarische Klage auch gegen den Concurs als moralische Person und Besitzer der verpfändeten Sache anstellen können. — Ganz anders verhält es sich mit den Faustpfandgläubigern. Sie sind im Besitze des Pfandes. Wenn

---

pignore. (20. 4.) L. 14. L. 24. C. de pignor. et hypoth. (8. 14.) L. fin. C. de obligat. et action. (4. 10.)

173) S. die hierher gehörigen Schriftsteller in Glück's Erläuterungen der Pandekten, Th. XVIII, §. 1084, S. 373, N. 88.

nun auch das Eigenthum am Vermögen des Schuldners und zugleich an der verpfändeten Sache auf den Concurs übergeht, so kann dieser ihnen die letztere doch nicht mit einer Klage abdringen, da die Exception, die sie ihm entgegen zu setzen haben, nicht blos auf einer Obligatio, sondern auf einem dinglichen Rechte beruht. Die Gründe aber, welche die Hypothekarier, die als solche nicht im Besitze der hypothecirten Sache sind, zur Liquidirung im Concurse nöthigen, fallen bei den Faustpfandgläubigern natürlich sämmtlich von selbst hinweg. Wollte man dennoch behaupten, daß sie auch gemeinrechtlich zur Meldung beim Concurse und zur Ablieferung des Pfandes an denselben verpflichtet wären, so müßte man beweisen, daß eine ausdrückliche positive Norm sie hierzu verbindet. Man müßte also, da kein geschriebenes für ganz Teutschland giltiges Gesetz dieses Inhaltes vorhanden ist, nachweisen, daß eine dießfallsige allgemeine Rechtsgewohnheit in Teutschland bestehe, — ein Beweis, der allenfalls wohl in Bezug auf Hypotheken möglich wäre, in Bezug auf Faustpfänder aber wohl niemals zu führen sein möchte. Somit wird also als gemeines teutsches Recht, in Bezug auf die hier besprochene Frage, anzusehen sein, 1) daß die Hypothekarier, oder wenigstens diejenigen, welche eine Generalhypothek haben, beim Concurse liquidiren müssen, wenn sie aus dem ihnen verhafteten Vermögen oder Vermögenstheile die ihnen gebührende Befriedigung haben wollen; 2) daß sie folglich als Liquidanten anzusehen, also auch dem Präjudiz der Edictalcitation unterworfen sind, d. i. daß ihre Meldung nur insofern beachtet wird, als sie in Bezug auf Zeit und Form in Gemäßheit der Edictalladung, bewirkt worden ist; 3) daß Beides auf die Faustpfandgläubiger nicht anzuwenden ist, sondern daß diese, ohne Notiz vom Concurse zu nehmen, ihr Pfand behalten, und durch distractio auf dem gewöhnlichen Wege ihre Befriedigung suchen können.

Liquidationstermin. In ihm melden sich alle diejenigen Gläubiger, welche der Gemeinschaft derer beitreten wollen, die zum Zwecke ihrer Befriedigung die Masse unter sich zu theilen beabsichtigen. Sie geben ihre Forderungen an, — ob mündlich zum Protokolle oder schriftlich, ist gleichgiltig. Der curator litis erscheint ebenfalls und pflegt einen Provocationssatz, nach beendigtem Termine aber einen Contumazsatz zu übergeben, in welchem letzteren er die Nichterschienenen Ungehorsams beschuldigt und von der Theilnahme an der gegenwärtigen Masse auszuschließen bittet. Im Termine selbst soll der Richter versuchen, den Concurs durch Vergleich beizulegen, — meistens ein vergebliches Unternehmen, weil er am Tage des Termins weder die Zahl der Gläubiger, noch die Begründung ihrer Forderungen, noch die Gegenreden des curator litis vollständig übersehen kann. Weit zweckmäßiger ist es, nach gesprochener Präclusive und beendigtem Verfahren einen Termin zu Vergleichsverhandlungen anzuberaumen. Gewöhnlich nämlich folgt auf den Termin ein rechtliches Verfahren zwischen den gemeldeten Gläubigern und dem curator litis. In diesem Verfahren haben die Gläubiger, insofern es nicht schon im Termine selbst geschehen, mit eben der Genauigkeit wie in einer Klage den Grund ihrer Anforderun-

gen auseinander zu setzen, und so viel möglich die Beweismittel anzugeben und beizubringen. Der curator litis antwortet ihnen, und erklärt, was er von den Gründen der Forderung zugestehe oder leugne. Streiten einzelne Gläubiger über die Priorität, so bringen sie ihre Gründe und Gegengründe in einem zwischen ihnen besonders abzusetzenden Prioritätsverfahren vor. Doch kann nach gemeinen Rechten auch der curator litis auf die Prioritätsfrage eingehen. Nach Beendigung aller dieser Verfahren (oft auch noch während derselben) wird die Präclusivsentenz publicirt, d. i. das richterliche Decret, wodurch alle diejenigen, welche sich in Folge der Edictalcitation im Termine hätten melden sollen, von dem Rechte, an der universitas creditorum, und folglich an der Vertheilung der Masse Theil zu nehmen, für ausgeschlossen erklärt werden. Wir sagen: für ausgeschlossen erklärt werden, — denn das Präjudiz der Ausschließung trifft sie schon durch ihr bloßes Nichterscheinen im Termine, und durch die vom contradictor angebrachte Ungehorsamsbeschuldigung, so daß also auch derjenige präcludirt ist, der nach der Ungehorsamsbeschuldigung, aber vor Publication der Präclusive sich meldet. Die Citation zur Publication des Präclusivdecretes muß, da auch sie an eine unbestimmte Menge von Personen erlassen ist, ebenfalls durch edictales geschehen. Man pflegt jedoch, um Kosten zu ersparen, dieselbe gleich mit der Hauptedictalladung, durch welche die Gläubiger zum Erscheinen im Termine vorgeladen werden, zu verbinden. In den meisten Particulargesetzgebungen sind eine große Anzahl von Ursachen aufgestellt, welche den nichtgemeldeten Gläubigern, insofern sie sich noch später melden, zur Entschuldigung dienen und eine Restitution gegen ihre Säumniß begründen. Gemeinrechtlich gelten nur die allgemeinen Restitutionsgründe, und als einen dem Concurse eigenthümlichen kann man nur den anführen, wenn erst nach dem Edictaltermine an den Tag kommt, daß Jemand eine Forderung an den Gemeinschuldner hatte, die er am Tage des Termines unmöglich wissen konnte, z. B. wenn der Cridar Jemanden bestohlen hat, und zur Zeit des Termines noch kein Verdacht gegen ihn vorlag. Wer sich auf dergleichen Entschuldigungsmomente beziehen kann, der hat sie entweder vor dem Präclusivdecrete oder auch nach demselben beizubringen und auszuführen. In einigen Fällen, besonders wenn Jemand namentlich wegen einer gewissen Post präcludirt ist, wird es freilich nöthig sein, gegen die Präclusivsentenz zu appelliren.

Locationsurthel. Nach beendigtem Liquidationsverfahren und ertheilter Präclusion wird das Locations- oder Designationsurthel, auch Prioritätsurthel genannt, gesprochen. Es ist unnöthig, die Gläubiger zu dessen Publication durch edictales vorzuladen. Denn dieses Urthel wird nicht einer unbestimmten Menge von Personen, sondern nur denen publicirt, über deren Ansprüche in demselben erkannt wird. Der Hauptinhalt dieses Erkenntnisses ist: die Bestimmung der Reihenfolge, in welcher die Gläubiger befriedigt werden sollen. Sind nicht alle factische Umstände, auf welchen theils die Richtigkeit der einzelnen Forderungen, theils ihre Priorität unter einander beruhet, hinreichend klar, so wird

auf Beweis erkannt, und wenn der curator litis die Richtigkeit des Anbringens eines Liquidanten an sich eingeräumt, aber Exceptionen dagegen vorgeschützt hat, ihm der Beweis derselben auferlegt, — dieß Letztere selbst dann, wenn das Anbringen des Liquidanten auf Urkunden beruhte, welche demselben executivische Klarheit verschaffen, so daß außer dem Concurse die Ausführung der Ausflucht in die Widerklage verwiesen werden müßte; denn die letztere ist in Bezug auf das Liquidationsverfahren nicht nur nach den meisten Particulargesetzgebungen, sondern auch gemeinrechtlich unzulässig, wiewohl es zu weit gegangen ist, wenn man sie im Concurse überhaupt nicht zulassen will, — wovon weiter unten. Das Beweisverfahren selbst ist das gewöhnliche, und auch der Gebrauch der Beweismittel hat nichts Besonderes. In letzterer Hinsicht ist nur Folgendes zu bemerken: 1) Das vor dem Ausbruche des Concurses abgelegte Geständniß des Gemeinschuldners über die Richtigkeit der Forderungen, die an das Creditwesen gemacht werden, ist an und für sich, sei es nun gerichtlich oder außergerichtlich, mündlich oder schriftlich, zu Gunsten verwandter oder fremder Personen abgelegt, auch im Concurse wirksam. Doch erwächst, wenn dasselbe nur kurze Zeit vor dem Ausbruche des Concurses und zu Gunsten solcher Personen abgelegt ist, deren Vortheil zugleich der eigene Vortheil des Gemeinschuldners ist, leichter als sonst die factische Präsumtion einer zum Nachtheil des Creditwesens unternommenen Collusion des Schuldners mit dem liquidirenden Gläubiger; daher dem Letzteren in solchem Falle noch eine Bescheinigung seiner Forderung oder wenigstens eidliche Bestärkung derselben auferlegt wird. Ein während des Concurses abgelegtes Geständniß des Cridars ist formell gänzlich wirkungslos. — 2) Bei kleinen Forderungen, besonders wenn dieselben keine Priorität haben, und von dem Schuldner im status passivus mit aufgeführt sind, ja selbst häufig dann, wenn dieß Letztere nicht der Fall ist, wird blos auf den Bestärkungseid erkannt. — 3) Der Gebrauch des Eidesantrages steht sowohl dem liquidirenden Gläubiger, als auch, zum Beweise der Exceptionen, dem curator litis frei. Doch ist in manchen Particulargesetzgebungen vorgeschrieben, daß der Liquidant gegen den curator litis sich der Eidesdelation nicht bedienen dürfe. — Eidesantrag an den Gemeinschuldner, auch wenn dieser sein Creditwesen selbst vertritt, ist gänzlich unzulässig, und ebensowenig kann sich der curator litis da, wo es gestattet ist, ihm den Eid anzutragen, von der Leistung desselben (ohne ausdrückliche Genehmigung des Gegners) dadurch befreien, daß er den Gemeinschuldner zum Schwure präsentirt. Ueber die geführten Beweise und Gegenbeweise wird später in besonderen Urtheln erkannt. — Wenn zur Beurtheilung einer eventualiter locirten Forderung noch irgend eine Beibringung, z. B. die Nachweisung des Ausganges eines Prozesses, der außerhalb des Concurses geführt wird, der Eintritt einer Bedingung u. dgl. erforderlich ist, so wird auch hierauf im Locationsurthel erkannt, und die Location der betreffenden Forderung einstweilen ausgesetzt. Schließlich wird noch über den Kostenpunkt (s. unten) erkannt, und in manchen Ländern die Prä-

clusion der außengebliebenen Gläubiger wiederholt oder wohl auch das Präclusivdecret selbst mit dem Locationsurthel verbunden, in welchem Falle jedoch der Termin zu Publication desselben mittelst einer Edictalcitation angesetzt werden muß. Das wenigstens muß der Richter, wenn er das Locationsurthel abfaßt, stets für seine Pflicht achten: die Edictalcitation hinsichtlich ihrer Formalien wiederholt zu prüfen. Denn fände sich, daß sie nicht gehörig erlassen wäre, so würde auch Niemand durch das darin enthaltene Präjudiz getroffen sein, — die darauf gegründete Präclusive wäre nichtig, — man wüßte nun nicht, wer überhaupt zu der Gesammtheit der Concursgläubiger gehörte, und es könnte dann für jetzt eine Location der gemeldeten Creditoren noch gar nicht füglich stattfinden, sondern es müßte zuvörderst auf Erlassung einer anderweiten Edictalcitation und abermalige Anberaumung eines Liquidationstermines erkannt werden. — Häufig wird im Locationsurthel auch noch über die Ansprüche der Vindicanten und Separanten entschieden, wiewohl dieß ein Gegenstand ist, der eigentlich nicht dorthin gehört, vielmehr in besonderen Erkenntnissen geordnet werden sollte, — was auch sehr oft geschieht. Die Erwähnung von Masseschulden im engeren Sinne ist aber dem Locationsurthel ganz fremd. — Gegen das Locationsurthel können Rechtsmittel eingewendet werden, hinsichtlich deren die gewöhnlichen Prozeßregeln gelten, insofern sie nicht durch Particulargesetze abgeändert sind. Wenn das Locationsurthel rechtskräftig geworden, auch allenthalben purificirt ist[174]), wird der Distributionsbescheid[175]) gesprochen. Er wird gegründet auf eine vorgängige Generalberechnung der Masse, deren reiner Bestand auszumitteln ist. Auch ist die Generalmasse von den Specialmassen (s. oben) gehörig zu sondern. Im Uebrigen sind dem Distributionsbescheide das rechtskräftige Locationsurthel und die zu dessen Vervollständigung etwa später gesprochenen Erkenntnisse zu Grunde zu legen. Auch der Distributionsabschied ist als eine wirkliche Sentenz, nicht wie ältere Rechtslehrer[176]) meinten, blos als eine Rechnung anzusehen; daher denn auch derselbe förmlich publicirt und seine Rechtskraft abgewartet werden muß, die durch eingewandte Rechtsmittel so gut wie bei jedem anderen Erkenntnisse aufgehalten werden kann. Die Citation zur Publication ist keine Edictalladung, sondern nur Privatcitation, welche blos an diejenigen gerichtet wird, über deren Forderung in dem Bescheide selbst erkannt ist. Nach

---

174) Zur völligen Purification des Locationsurthels würde eigentlich auch die Leistung der dem einen oder dem anderen Liquidanten aufgelegten Bestärkungseide gehören. Diese pflegt man jedoch, um unnöthige Schwüre zu vermeiden, so lange auszusetzen, bis sich mit Gewißheit übersehen läßt, daß der Schwörende auch wirklich zu einiger Perception aus der Masse gelangen werde.

175) Zeißig, über Vertheilungsbescheide in Concursen nach gemeinem und sächs. R. Chemnitz 1825.

176) Biener, syst. proc. (edit. Siebdrat et Krug) §. 298, wiewohl auch dieser Rechtslehrer die förmliche Publication des Präclusivdecretes wenigstens anräth.

eingetretener Rechtskraft wird ein Termin zur Auszahlung anberaumt, und der Antheil derer, welche sich nicht melden, auf ihre Kosten zum gerichtlichen Depositum genommen, aus welchem sie es auch später noch, so lange die Forderung nicht verjährt ist, erheben können. Nicht selten müssen mehrere Distributionsbescheide publicirt werden. Dieß geschieht dann, wenn ein schon beträchtlicher Theil der Masse eingegangen ist, aber auch noch ein Bedeutendes zurücksteht, welches erst nach seinem Eingange berechnet und vertheilt werden kann. — Auch vor dem Distributionsabschiede können, wenn hinreichendes Geld in der Masse vorhanden ist, an die Gläubiger, deren Forderungen völlig liquid sind, Abschlagszahlungen gemacht werden, ja, es ist sogar Pflicht des Richters, selbige zu machen, weil hierdurch der Betrag der diesen Gläubigern dereinst zu gewährenden Zinsen vermindert, mithin die Summe dessen, was unter die Uebrigen zu vertheilen ist, indirect vermehrt wird.

Concurskosten. Sie sind verschiedener Art. Die Haupteintheilung ist die in eigentliche Concurskosten und in Separatkosten, d. i. solche, welche die einzelnen Gläubiger und andere Personen, die mit dem Concurse in irgend eine Rechtsverhandlung kommen, bei Verfolgung oder Vertheidigung ihrer Rechte aufzuwenden haben. Ueber die letzteren ist hier nichts weiter zu bemerken, als daß sie jeder, dem sie erwachsen, selbst zu tragen hat, insofern nicht etwa in außerordentlichen Fällen der curator bonorum oder litis in deren Erstattung verurtheilt werden sollte. Die eigentlich sogenannten Concurskosten zerfallen in sumtus oeconomici und in die Concursprozeßkosten — und die ersteren wiederum hinsichtlich der Vermögenstheile, aus welchen sie zu bestreiten sind, in die allgemeinen und speciellen, d. h. in die, welche aus der allgemeinen Masse, und in die, welche aus den verschiedenen Specialmassen bestritten werden müssen. — Zu den sumtus oeconomici gehören im Allgemeinen alle diejenigen Ausgaben, die für dem Concurs im Ganzen gemacht worden sind, also z. B. die Pachtzinsen für ein fremdes Grundstück, die Kosten der Inventur, die Gebühren des curator bonorum, auch diejenigen, welche er für die Führung von Prozessen gegen dritte Personen aus der Masse zu fordern hat, — ferner aller nothwendige und nützliche Aufwand, der während des Concurses zu Erhaltung der Creditmasse, oder zu Einbringung der Früchte derselben gemacht worden ist, ingleichen sämmtliche Ausgaben oder Abgaben, welche dem Concurse als Besitzer einer Sache, namentlich eines Grundstücks, oblagen, — endlich alle Kosten, welche durch Verwandlung der zur Masse gehörigen Gegenstände in baares Geld erwachsen sind, z. B. Subhastationskosten, Kosten, welche bei Einziehung von Forderungen erwachsen sind u. s. w. Von diesen sumtus oeconomici gehört, dem oben Gesagten zufolge, der Aufwand für ein zur Masse gehöriges Grundstück, wenn Hypotheken darauf haften, zu den speciellen Kosten, und wird also aus der Specialmasse dieses Grundstücks, zuerst aus den Nutzungen desselben, und wo diese nicht zureichen, aus dem Erlöse bestritten werden müssen. — Concursprozeßkosten sind alle diejenigen, welche aufgewendet wurden, um die Personen, deren Gesammt-

heit die universitas creditorum bildet, auszumitteln, ihre Forderungen zu prüfen, zu ordnen, und das Ergebniß der Masse, unter sie zu vertheilen, — also z. B. die Kosten für die Edictalcitation, für das Liquidationsverfahren, das Präclusivdecret, das Locationsurthel, den Distributionsbeschied, die gesammten Kosten des curator litis u. s. w. Wo einzelne Gläubiger dem curator litis entgegenstehen, z. B. bei den einzelnen Verfahren, werden die Gerichtskosten nach denselben Regeln, wie bei Prozessen zwischen einzelnen Parteien zum Theil dem Beklagten (dem curator litis), zum Theil dem Kläger (dem Gläubiger) in Ansatz gebracht. Hinsichtlich der Bestreitung sämmtlicher ökonomischen sowohl als prozessualischen Concurskosten gilt gemeinrechtlich der Grundsatz, daß sie von der (General- oder Special-) Masse abgezogen werden müssen, und daß nur der Ueberrest zur Vertheilung an die betreffenden Gläubiger gelangt. Nur in den Ländern des sächsischen Rechtes[177]) hat man einen anderen, weniger günstigen Vertheilungsmodus angenommen, vermöge dessen nur ein Theil der Kosten im Voraus von der Masse abgezogen, ein anderer Theil aber den zur Perception kommenden Gläubigern pro rata angerechnet wird, so daß man also auch bei der besten Hypothek blos durch diese Kostenvertheilung, trotz der Zulänglichkeit der Specialmasse, unter ungünstigen Umständen einen nicht unbedeutenden Verlust erleiden kann. — Der Grund dieser auffallenden Einrichtung ist ganz unstreitig die Ansicht der Gesetzgeber, daß beim Concurse der unvermeidliche Verlust, so viel als möglich auf Alle vertheilt werden müsse. Ist gleich diese Ansicht human, so möchte sie doch kaum von der Gesetzpolitik gebilligt werden. Dem öffentlichen Credite wenigstens kann es unmöglich zuträglich sein, wenn es dem Gläubiger durchaus unmöglich gemacht ist, bei Eingehung eines Geschäftes sich gegen künftigen Verlust vollständig zu sichern.

Neben dem Concursprozesse im eigentlichen Sinne gehen nun die Verhandlungen mit den Massegläubigern, den Vindicanten und den Separanten her. Keiner von diesen ist, wie schon bemerkt, durch die Edictalcitation hinsichtlich der Geltendmachung seiner Ansprüche an einen bestimmten Tag gebunden, sondern sie insgesammt können dieselben, ohne von der Präclusive gehindert zu werden, zu jeder Zeit ausführen, natürlich jedoch nur, so lange die Gesammtheit der Concursgläubiger noch als Rechtssubject, gegen welches geklagt werden kann, besteht. Zu den Massegläubigern gehören nicht nur diejenigen, welche durch ein mit der Masse selbst geschlossenes Geschäft, oder durch eine für sie gehabte Bemühung oder Verwendung mit ihr in ein Obligationsverhältniß getreten sind, sondern auch die, welche gegen die Concursgläubiger als Besitzer eines zur Masse gehörigen Gegenstandes irgend einen Realanspruch zu machen haben, also z. B. die, welche eine Servitut auf einem zur Masse gehörigen Grundstücke geltend machen wollen. Die Vindicanten und Separanten führen ihre Ansprüche bei

---

177) S. Kori, Bd. I, Th. III, §. 124, und die dort angeführten Schriftsteller und sächsischen Gesetze.

der Masse in der Regel nur in summarischer Prozeßform aus, d. h. sie erheben keine förmliche Klage, sondern sie zeigen ihr Verlangen nur beim Concursgerichte an, der curator bonorum wird darüber gehört, und sodann die Sache durch einen Bescheid des Richters oder eingeholtes rechtliches Erkenntniß (wogegen beiden Theilen die gewöhnlichen Rechtsmittel freistehen) entschieden. Die Massegläubiger im eigentlichen Sinne hingegen müssen sich in der Regel der ordentlichen Klage gegen den curator bonorum bedienen, welche ebenfalls beim Concursrichter eingegeben und im gewöhnlichen Rechtswege erledigt wird.

Von einigen außerordentlichen Formen des Prozeßverfahrens im Concurse. Litisdenunciation kann vorkommen theils von Seiten des curator bonorum gegen einen Dritten, theils von Seiten eines Dritten gegen den curator bonorum. Im ersteren Falle hat sie nichts Besonderes. Im letzteren Falle aber (also z. B. wenn A dem B eine Sache verkauft hat, und C sie dem Käufer evincirt, A aber, der Verkäufer, inmittelst in Concurs verfallen ist) genügt es nicht, daß der von C in Anspruch genommene B, dem curator bonorum, oder dem Concurse des A blos litem denuncirt, sondern er muß sich auch eventualiter beim Concurse des A melden, und den Schädenanspruch liquidiren, den er zu machen haben wird, wenn C den Prozeß gegen ihn gewinnt und ihm die fragliche Sache wirklich abstreitet. Mit dieser Liquidation muß er jedoch restitutionsweise auch dann noch zugelassen werden, wenn der Liquidationstermin zu der Zeit, wo er den Anspruch des C erfährt, schon vorüber sein sollte. Jedenfalls nämlich ist der Schädenanspruch an sich zur Liquidation geeignet; denn er ist schon vor dem Concurse des A durch dessen Geschäft mit dem B entstanden, obschon B erst später dessen Existenz kennen lernte. Es muß aber B auch nach dem Liquidationstermine — vorausgesetzt, daß er nicht früher von dem Anspruche des C Kenntniß erlangte — mit seiner Regreßforderung als Liquidant gehört werden, weil er außer Stand war zu liquidiren, bevor er nicht in Kenntniß gesetzt war, daß C eine Eviction beabsichtige, im Uebrigen es auch nicht seine Schuld war, daß der Cridar eine Sache verkaufte, welche dem Käufer evincirt werden kann. — Litisintervention kommt vor 1) wenn dem Gläubiger A ein Vortheil zugestanden wird, der dem Gläubiger B zum Nachtheile gereicht, namentlich wenn der curator litis eine Forderung einräumt, deren Grund die übrigen Gläubiger bestreiten, oder durch Einreden erledigen zu können vermeinen. 2) Wenn der Landesherr oder apanagirte Prinzen in Concurs gerathen, wo im ersteren Falle der Staat, im letzteren der Regent zu interveniren und zu verlangen berechtigt ist, daß ihnen ein standesmäßiges Auskommen gelassen werde. 3) Wenn ein Vasall in Schulden gerathen ist, und die Gläubiger sich sämmtliche Früchte des Lehens zueignen, wo der Lehnsherr, wenn die Lehnsdienste darunter leiden, interveniren kann. 4) Wenn Jemand amtliche Emolumente bezieht, und der Staat oder die Commun, deren Beamter er ist, leiden würde, dafern dem insolventen Beamten alle Einkünfte entzogen werden. Mit den unter Nr. 2, 3, und 4 erwähnten

Interventionsfällen ist zugleich ein beneficium competentiae, und zwar ex iure tertii verbunden. — Reconventionen im Concurse. Die reconventio iuris communis findet sowohl zu Gunsten der Masse, als zum Nachtheil derselben, jedoch immer nur insoweit Platz, als auch eine bloße Ausflucht berücksichtigt werden müßte. Die reconventio iuris Saxonici, d. h. der, mittelst besonderer Klage zu führende, directe oder indirecte Gegenbeweis gegen den in einer Executivklage sofort durch klare Briefe und Siegel geführten Beweis des Klagegrundes, hat zu Gunsten des curator litis im Liquidationsverfahren, wie oben schon bemerkt worden, formell nicht statt, d. h. der curator litis braucht keine Widerklage zu erheben, sondern kann auch die illiquiden Ausflüchte oder sonstigen Gegenbeweisgründe, mittelst eines, sofort gegen den Liquidanten zu führenden Beweises darthun [178]). Wenn dagegen der curator bonorum einen Dritten aus einem an den Gemeinschuldner ausgestellten Documente executive in Anspruch nimmt, so steht dem Beklagten die Widerklage des sächsischen Rechtes ganz unstreitig frei.

Form der Concursacten. Sie werden eingetheilt in die allgemeinen und besonderen. Jene enthalten Alles, was den Concurs im Allgemeinen betrifft. Gewöhnlich werden bei größeren Concursen die Concursprozeßacten von den Acten über die Verwaltung der Masse getrennt. In die allgemeinen Concursprozeßacten kommt Alles, was sich auf den Concurs als Prozeß im Ganzen bezieht; die Edictalcitation, das Präclusivdecret, das Locationsurthel u. s. w. In die Specialconcursacten gehören die einzelnen Verfahren, wo wiederum die eigentlichen Liquidationsverfahren, von den Prioritätsstreitigkeiten zu sondern sind. Ebenso müssen auch für die einzelnen Beweise u. s. w. besondere Volumina angelegt werden. — Auf ähnliche Weise wird es mit den auf die Masse bezüglichen Acten gehalten. Was einzelne Theile der Masse betrifft, kommt in einzelne Specialvolumina, das Uebrige, also das, was sich auf das Ganze bezieht, in die Generalacten der Masse.

Ende des formellen Concurses [179]). Es tritt ein 1) wenn der Schuldner sich in den Stand gesetzt sieht, sämmtlich gemeldete Gläubiger voll zu befriedigen; 2) durch einen Vergleich, den die Gläubiger entweder mit ihm, oder was häufiger ist, mit einem Dritten schließen. 3) Wenn die ganze vorhandene Masse durch einen Hauptdistributionsabschied (nicht etwa nur ein Theil derselben durch einen Interimsdistributionsabschied) an die Gläubiger vertheilt wird. 4) Wenn durch die Concurskosten, oder durch Unfälle die ganze Masse erschöpft wird, so daß kein Gegenstand einer künftigen Befriedigung der Gläubiger mehr vorhanden ist. — Hat der Schuldner neues Vermögen erworben, und soll deshalb neuer Concurs eröffnet werden, so ist auch eine neue Edictalcitation zu erlassen.

Strafrechtliche und ähnliche Folgen des Concur-

---

178) Sächsische erläuterte Prozeßordnung ad tit. 41. §. 4.

179) Einert, diss. de variis modis, quibus concursus creditorum finiuntur. Lips. 1807.

ses für den Gemeinschuldner. Bei den Römern führte die venditio bonorum eine Art von infamia mit sich, von der die cessio bonorum befreite[180]), wiewohl auch sie immer eine durch die öffentliche Meinung ausgesprochene, wenn auch nicht mit juristischen Folgen verknüpfte Verminderung der öffentlichen Achtung nach sich zog. Nach neuerem Rechte läßt sich eine infamia, auch selbst nur facti, als Folge des Concurses durchaus nicht mehr behaupten, ja die Reichsgesetze [181]) gebieten sogar, mit unschuldigen Falliten Mitleid zu haben. Daß also ein Gemeinschuldner der öffentlichen Aemter, der bürgerlichen Ehrenrechte, der Theilnahme an Zunftversammlungen u. s. w. verlustig würde, davon kann nach gemeinem Rechte nicht die Rede sein, wiewohl fast in allen Particulargesetzgebungen Strengeres verordnet ist. Doch wird schwerlich irgendwo in Teutschland blos um deswillen, weil Jemand in Concurs verfallen ist, ein Verlust der Gewerbsrechte, oder gar eine Strafe gegen ihn verfügt werden. Wohl aber kann der Gemeinschuldner strafbar werden, wenn zu der bloßen Insolvenz noch ein dolus oder wenigstens eine criminalrechtlich zu ahndende culpa hinzukommt. Die Lehre vom strafbaren Concurse ist von den Schriftstellern über Criminalrecht meistens nur sehr summarisch behandelt worden [182]). Um die Strafbarkeit eines Falliten genau zu beurtheilen, muß man folgende Fälle unterscheiden. I. Die erste Classe umfaßt das eigentliche Verbrechen des strafbaren Bankerotts. Dieß erscheint in einer doppelten Richtung. A) Entweder hat der Schuldner auf eine widerrechtliche Weise Credit beim Gläubiger genommen, oder B) er hat widerrechtlich die Mittel vermindert, aus welchen seine Schulden bezahlt werden konnten. II. Eine zweite Classe der hier in Frage kommenden Verbrechen besteht in solchen schon an sich und abgesehen von ihrer Verbindung mit dem Concurse strafbaren Handlungen, welche der Gemeinschuldner als Mittel gebraucht hat, Verbrechen der Classe sub I. in's Werk zu setzen oder zu verheimlichen. Dergleichen sind: Betrügereien, um Geld in die Hände zu bekommen, Fälschungen der mannigfaltigsten Art, widerrechtlicher Verkauf der blos zur Bewahrung anvertrauten Gegenstände um Geld zu machen u. dgl. mehr. III. Um die Begehung von Verbrechen der ersten und zweiten Art zu verhüten, oder um sie, wenn sie begangen worden sind, zu entdecken, auch wohl überhaupt um die Wirkung einer eingetretenen Insolvenz für die Gläubiger unschädlicher zu machen, sind in den meisten Particulargesetzgebungen mehrfache, ihrer Natur nach polizeiliche Anordnungen getroffen worden, z. B. daß der Schuldner zu gewisser Zeit Inventuren machen, die Anzeige seiner Insolvenz nicht verspätigen soll u. s. w. — Die Uebertretung dieser Vorschriften bildet eine dritte Classe von strafbaren Handlungen, welche bei Concursen vorkommen. Von diesen kann jedoch hier nicht weiter die

---

180) Marezoll, über bürgerliche Ehre (Gießen 1824), S. 197 flg.
181) Reichspol. von 1577, Tit. 23, §. 2.
182) S. z. B. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Ausg., Th. II, §. 499 flg.

Rede sein, da das gemeine Recht die vorgedachten Polizeianordnungen nicht kennt. — Die Classe sub II. kann ihrer Natur nach nur in der Form eines delictum dolosum vorkommen. Die Classe unter I. hingegen enthält ebensowohl dolose als culpose Verbrechen. Ad I. A. Hierher gehört, genau genommen, blos die Handlung dessen, welcher — wissend, daß er insolvent ist — von einem Anderen, der das nicht weiß, Geld oder Geldeswerth borgte. Dieß kann nun geschehen a) mit dolus directus, wenn der Erborger weiß, daß er nie wird wieder bezahlen können, oder, was noch schlimmer ist, wenn er den ausdrücklichen Vorsatz hat, nicht wieder zu bezahlen, auch wenn er könnte (z. B. wenn Jemand Geld aufborgt, um damit nach Amerika zu gehen, und dort von dem widerrechtlich Gewonnenen als reicher Mann zu leben); b) mit dolus indirectus, wenn Jemand, der eine Schuld contrahirt, zwar nicht gerade entschlossen ist, sie nicht wieder zu bezahlen, aber doch auch die Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit sieht, daß er sie nicht werde zurückerstatten können, und Beides, ob der Gläubiger das Seinige bekommt, oder ob er es verliert, dem Schuldner gleichviel gilt; c) ohne dolus aber mit culpa, wenn Jemand von Anderen borgt, ohne gehörig zu berechnen und zu überlegen, ob er im Stande sein wird, Wiederbezahlung zu leisten, zu deren Gewährung er übrigens den fortwährenden Willen hat[183]). Ad. I. B. Hierher gehören 1) alle diejenigen Handlungen, wo der Schuldner *vor* dem Concurse durch Verschwendung oder verwegene Speculation sein Vermögen mindert, oder auch nur, seine Insolvenz kennend, von dem, was er wenigstens zu theilweiser Befriedigung seiner Gläubiger verwenden könnte, zehrt, und so die künftige Masse täglich verringert; 2) wo er *beim Ausbruche des Concurses selbst* einen Theil seines Vermögens bei Seite schafft und verheimlicht, Personen, mit denen er einverstanden ist, als Gläubiger aufführt, oder wirkliche Gläubiger, um sich oder ihnen einen Vortheil zu verschaffen, mit höheren Summen ansetzt. Auch der Fall, wo der Schuldner einen Gläubiger zum Nachtheil der anderen befriedigt, kann hierher gehören. Wenigstens die Handlungen sub I. B. 1. können wie die sub I. A. begangen werden a) mit dolus directus, b) mit indirectus und c) mit culpa. Man nennt das Verbrechen des Schuldners, wenn in den Fällen sub I. A. und I. B. 1. die Umstände sub a. eintreten, *boshaften* Bankerott, — bei denen sub b. *muthwilligen*, — bei denen sub c. *leichtsinnigen* Bankerott. Die Fälle sub I. B. 2. lassen sich nur als dolоses Delict denken, und gehören also immer zum boshaften Bankerott. Aber auch der muthwillige und leichtsinnige Bankerott kann den Charakter des boshaften annehmen, wenn Verbrechen aus der Classe sub II. damit verbunden sind. — Was die Strafen aller dieser Verbrechen betrifft, so haben die ge-

---

183) Es kann sogar ein Insolventer Geld borgen, ohne daß ihm auch nur eine culpa zur Last gelegt werden kann, nämlich wenn er eine gewisse und begründete Hoffnung hat, wiederbezahlen zu können, oder auch, wenn er den Gläubiger von seinem Vermögenszustande unterrichtet.

meinen teutschen Gesetze darüber nur sehr wenig bestimmt. Die C.C.C. schweigt ganz davon. Nach den Vorschriften anderer Gesetze [184]) soll der boshafte Bankerottirer dem Diebe gleich geachtet, aller Ehren verlustig, von allen künftigen Ehren und Würden ausgeschlossen sein, und außerdem noch nach Beschaffenheit der Umstände bestraft werden. Eine nicht gerade gemeinrechtlich bestimmte, aber doch durch einen großen Theil von Teutschland übliche Strafe boshafter Bankerottirer bestand in dem Tragen eines gelben Hutes, was in neuerer Zeit abgekommen ist. Jetzt ist die Strafe des criminell zu ahndenden Bankerotts willkürlich, und richtet sich hinsichtlich der Größe darnach, ob blos ein Fall der Classe sub I., und hier wiederum, ob ein boshafter, muthwilliger oder fahrlässiger Bankerott vorliegt, — oder ob Verbrechen aus der Classe sub II. und III. mit concurriren oder nicht, — endlich wie viel die Gläubiger durch das Verbrechen verlieren. In dem eigentlich nicht hierher gehörigen Falle, wenn der Gemeinschuldner nach eröffnetem Concurse etwas aus der vom Gerichte schon in Beschlag genommenen Masse entfremdet hat, wird gegen ihn, wenn man annimmt, daß mit der Concurseröffnung die Gläubiger Eigenthümer des bis dahin dem Schuldner gehörig gewesenen Vermögens werden, schwerlich anders als gegen einen Dieb erkannt werden können. Günther.

Concursus actionum, auch concurrentia actionum[1]) heißt in der Kunstsprache der neueren Rechtsgelehrten das Zusammentreffen von mehreren Klagen an einer und derselben Sache.

Eine allgemeine Voraussetzung des Klagenconcurses ist es, daß die concurrirenden Klagen wirklich begründet sind, also mit voller Wirkung angestellt werden können. Daher ist es nicht Klagenconcurs zu nennen, wenn Jemand anstatt der ihm zustehenden Klage eine andere, die ihm nicht zusteht, irrthümlich wählt[2]); oder eine Sache, in Bezug auf welche er aus einem klagbar gemachten Obligationsgrunde abgewiesen worden ist, aus einem anderen ihm zustehenden Obligationsrechte einklagt[3]);

---

184) Reichspol. vom J. 1548, Tit. XXII, §. 1, und v. J. 1577, Tit. XXIII, §. 1 u. 2.

1) Literatur: Averanius interpretat. iuris lib. III. cap. 14 u. 15. Finestres de Monsalvo in Hermogeniano, p. 601—644. Vianen, de concursu actionum, in Oelrichs thes. nov. tom. I. p. 261—308. Thibaut, Grundsätze einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civilklagen, in dessen civilistischen Abhandlungen, S. 146 — 204. Keller, über Litiscontestation und Urtheil, §. 55, S. 479—496. — Die römischen Juristen beziehen das concurrere actiones de eadem re oder eiusdem rei nomine nur auf den objectiven Klagenconcurs. L. 60. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 43. §. 1. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 130. D. ibid. Dieß bemerkt schon Finestres l. c. p. 606. Nr. 12 u. 13. — Aehnlich sind die Ausdrücke: plura delicta concurrentia in L. 2. pr. D. de privatis del. (47. 1.); duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrunt. L. 10. D. 19. 1.

2) L. 13. §. 5. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.) L. 43. §. 9. D. de aedilicio edicto. (21. 1.) Vergl. Thibaut a. a. O. S. 153.

3) L. 93. §. 1. D. de legatis III. (32.) L. 28. §. 14. D. de liberatione legata. (34. 3.) Vergl. Thibaut a. a. O. S. 158—160.

oder ungewiß, welche von einer Mehrheit von Klagen für den concreten Fall die passende sei, mehrere zugleich edirt, indem er dabei erklärt, er wolle nur die passende brauchen [4]). Von der Klagenconcurrenz ist die Klagenhäufung zu unterscheiden, d. h. die Verbindung mehrerer, gegen dieselbe Person zustehender Klagen in Einer Klagschrift. Diese Klagenhäufung war dem ältern römischen Rechte jedenfalls unbekannt, da man die Ansicht festhielt, daß für jede Streitsache Eine Klage ausreiche [5]), und es nicht für eine wahre Klagenhäufung gelten konnte, wenn man mehrere gleichartige Ansprüche in Einer Klage zusammenfaßte [6]), und erst in der späteren Kaiserzeit, als der Gebrauch aufkam, anstatt der kurzen formulae einen ordentlichen Klaglibell einzureichen, ward es möglich und zulässig, mehrere Klagen in Einer Klagschrift zu häufen [7]).

Von den Eintheilungen des Klagenconcurses ist die in objectiven und subjectiven Concurs die wichtigste. Jener ist in allen Fällen vorhanden, in welchen die mehreren Klagen demselben Kläger gegen denselben Beklagten zustehen. Dieser liegt dann vor, wenn bei einer Vielheit von Klagen eine Vielheit von Subjecten vorhanden ist, also entweder Einem gegen Mehrere, oder Mehreren gegen Einen, oder Mehreren gegen Mehrere die mehreren Klagen zustehen. Den römischen Rechtsquellen ist diese Eintheilung fremd, da sie nur den obiectivus concursus actionum anerkennen; doch ist auch der subiectivus der Sache, wenn auch nicht dem Namen nach, in denselben gegründet.

Was zunächst den objectiven Klagenconcurs anbetrifft, so unterscheidet man gewöhnlich in demselben wiederum drei Fälle, und belegt dieselben mit verschiedenen Namen, nämlich concursus actionum successivus, electivus und cumulativus. Concursus actionum successivus heißt bei den neueren Rechtsgelehrten der Fall, wenn zwei Klagen so concurriren, daß die eine nothwendigerweise vor der anderen angestellt werden muß, z. B. wenn die actio ad exhibendum auf Trennung zweier durch Kunst verbundener Gegenstände angestellt wird, um die rei vindicatio an der einen Sache möglich zu machen [8]). Mit dem Namen concursus actionum electivus bezeichnet man in der heutigen Kunstsprache den Fall, wenn zwei oder mehrere Klagen so miteinander zusammentreffen, daß die eine durch die andere erlischt, z. B. wenn die certi condictio mit den Contractsklagen, welche dem der Condiction zu

---

4) L. 1. §. 4. D. quod legatorum. (43. 3.)

5) L. 76. §. 8. D. de legatis II. (31.) L. 6. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.) Vgl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 478—480.

6) L. 25. §. 3—5. D. familiae herciscundae. (10. 2.) L. 52. §. 14. D. pro socio. (17. 2.) L. 10. D. de actionibus emti venditi. (19. 1.) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 478.

7) L. 3. C. de ann. exc. Ital. contr. (7. 40.)

8) L. 23. §. 5. D. de rei vindicatione. (6. 1.) L. 1. D. ad exhibendum. (10. 4.) L. 2. D. ibid. L. 3. §. 3—6. D. ibid.

Grunde liegenden Geschäfte entstammen, actio venditi, pro socio u. s. w. concurrirt[9]). Der Name concursus actionum cumulativus bezieht sich auf den Fall, wenn die mehreren gegen denselben Beklagten zustehenden Klagen gleichzeitig angestellt werden können, ohne daß die eine durch die Anstellung der anderen erlischt, wie es z. B. bei der Concurrenz der actio furti und condictio furtiva der Fall ist.

Was die Regeln anbetrifft, nach welchen der concursus actionum successivus beurtheilt wird, so kann hier nur so viel als letzter Grundsatz angegeben werden, daß die für die einzelnen Fälle eines solchen Concurses von den Gesetzen bestimmte Klagenordnung auch in der Praxis zu Grunde gelegt werden muß. Bei der Angabe dieser Ordnung haben aber die römischen Juristen zunächst nur an den Fall gedacht, wenn die successiv concurrirenden Klagen zu gleicher Zeit vom Kläger angestellt werden. In diesem Falle soll vorerst diejenige Klage zur Entscheidung kommen, welche von den Gesetzen als die wichtigere oder einflußreichere anerkannt wird. Concurrirt eine causa status mit einem noxale iudicium oder anderen Obligationsklagen, welche erst unter der Voraussetzung eines bestimmten Status entschieden werden können, so muß die causa status zuerst entschieden werden[10]). Concurrirt ferner ein Streit über Besitz und Eigenthum, so ist zunächst nur der Besitzstreit zu entscheiden und der Eigenthumsprozeß bis dahin auszusetzen[11]). Trifft der Streit über eine begangene Gewaltthätigkeit mit einem Besitzprozesse zusammen, so bleibt der erstere bis zur Entscheidung des letzteren ausgesetzt[12]). Falls eine Criminalklage mit einer Civilklage concurrirt, so geht die erstere der letzteren vor[13]), außer wenn sie als Incidentpunkt derselben erscheint; denn in diesem Falle können beide Prozesse zu gleicher Zeit entschieden werden[14]). Endlich verdient nach der von Einigen[15]) angenommenen Meinung auch jedes famosum iudicium, wenn es mit einem nicht famosum concurrirt, vor dem letzteren den Vorzug. Doch beruhet diese Annahme auf einer Pandektenstelle[16]), von welcher es völlig ungewiß ist, ob sie von dem Klagenconcurse spreche. — In manchen Fällen, wo die Rangordnung der einzelnen Klagen nicht durch gesetzliche Bestimmung festgestellt worden, tritt ein

---

9) L. 28. §. 4. D. de iureiurando sive voluntario. (12. 2.)

10) L. 42. pr. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) L. 5. C. de ordine cognitionum. (7. 19.) Das Kirchenrecht dehnt dieß Princip auf alle Rechte aus, welche vom Status abhängen. Vergl. L. 3. X. de ordine cognitionum. (2. 10.)

11) L. 3. C. de interdictis. (8. 1.) L. 13. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 3. C. finium regundorum. (3. 39.) Vergl. §. 4. J. de interd. (4. 15.)

12) L. 1. C. de appellationibus et consultationibus. (7. 62.)

13) L. 4. C. de ordine iudiciorum. (3. 8.) Vergl. L. 2. §. 1. D. vi bon. rapt. (47. 8.) L. un. C. quando civilis actio criminali. (9. 31.)

14) L. 3. C. 3. 8. Vergl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 6, S. 525.

15) Vgl. Glück a. a. O. Th. 6. S. 526.

16) L. 104. D. 50. 17.

dem concursus actionum successivus analoges Verhältniß ein, wenn der Beklagte von dem ihm zustehenden Exceptionsrechte Gebrauch macht. So oft nämlich derselbe mit zwei verschiedenen Klagen von demselben Kläger belangt wird, kann er verlangen, daß von den angestellten Klagen diejenige, deren Entscheidung dem anderen Prozesse eine Norm und besondere Richtung geben würde, zuletzt entschieden werde. Dieß ist z. B. der Fall bei der gleichzeitigen Anstellung der hereditatis petitio und actio familiae herciscundae [17]), der rei vindicatio in Betreff eines bestimmten Grundstückes und der confessoria actio in Betreff einer, diesem Grundstücke zustehenden Realservitut [18]), der rei vindicatio partiaria und der actio communi dividundo wegen desselben Grundstückes [19]). In allen diesen Fällen steht es dem Beklagten, welcher von der früheren Entscheidung des einen von beiden Prozessen in Betreff des anderen Nachtheil zu fürchten hat, frei, die von den neuern Rechtsgelehrten sogenannte exceptio praeiudicialis [20]) zur Abwendung dieses Nachtheiles vorzuschützen.

Was ferner die Grundsätze anbetrifft, nach welchen der elective und cumulative Klagenconcurs im Justinianischen Rechte beurtheilt wird, so werden sich dieselben, da sie sich gegenseitig bestimmen, am besten in der Darstellung verbinden lassen. Die Hauptregeln, nach welchen die angegebenen Rechtsverhältnisse zu beurtheilen, sind: 1) Wenn der nächste Grund der concurrirenden Klagen verschieden ist, d. h. die concurrirenden Klagen sich auf Verletzung verschiedener Rechte gründen, so tritt ein cumulativer Klagenconcurs ein. Dieses Princip liegt nicht allein der Rechtsregel: nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam sonsumit [21]) zu Grunde, sondern wird auch durch eine Reihe von Stellen, welche Anwendungen davon auf einzelne Fälle enthalten, bestätigt [22]). Zur Zeit der classischen Juristen war diese Regel, wenigstens in Bezug auf die Delictklagen, nicht unbestritten, und selbst Modestinus [23]) erklärte den im vorliegenden Falle eintretenden Klagenconcurs für einen electiven. Da indeß der spätere Hermogenianus [24]) ausdrücklich bezeugt, daß unter den älteren Juristen darüber Streitigkeiten obgewaltet

---

17) L. 1. §. 1. D. familiae herciscundae. (10. 2.)
18) L. 18. D. de exceptionibus. (44. 1.)
19) L. 16. D. 44. 1.
20) Dieser Name ist aus folgenden Ausdrücken der römischen Rechtsgelehrten entstanden: si in ea re, qua de agitur, praeiudicium haereditati non fiat (L. 1. §. 1. D. 10. 2.), quod praeiudicium haereditati non fiat (L. 13. D. 44. 1. L. 25. §. 17. D. 5. 3.), quod praeiudicium praedio oder fundo partive eius non fiat (L. 16. u. 18. D. 44. 1.)
21) L. 60. D. de oblig. et act. (44. 7.) L. 130. D. 50. 17. §. 1. J. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (4. 9.)
22) L. 1. §. 22. D. de tut. et rat. (27. 3.) L. 11. §. 2. D. de servo corr. (11. 3.) L. 2. §. 1. D. de priv. delict. (47. 1.) Vergl. L. 27. pr. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.)
23) L. 53. pr. D. 44. 7.
24) L. 32. D. 44. 7.

haben, und zugleich bemerkt, es sei zu seinen Zeiten als gewiß anerkannt, daß im vorliegenden Falle ein cumulativer Klagenconcurs eintrete, so scheint nach den allgemeinen Regeln der geschichtlichen Interpretationsweise für das Justinianische Recht der oben angeführte Grundsatz festzustehen. Ausnahmen, in welchen ein elective Klagenconcurs eintritt, gründen sich theils auf die Eigenthümlichkeiten der im concreten Fall concurrirenden Klagen, theils auf die Einwirkung anderer Rechtsregeln auf den vorliegenden Fall. Auf die Eigenthümlichkeiten der concurrirenden Klagen lassen sich folgende Ausnahmen zurückführen: wenn in der Anstellung der einen Klage bereits eine Renunciation auf die andere enthalten ist, oder die beiden concurrirenden Klagen einander in ihrem Wesen widersprechen. Das erste ist der Fall, wenn einem Kaufe die lex commissoria hinzugefügt ist und der Verkäufer nach der Verfallzeit den Kaufpreis verlangt, in Betreff der ihm aus der lex commissoria[25]) zustehenden Forderung; das Letzte findet bei dem Zusammentreffen der actio de peculio und tributoria statt[26]). Als eine Einwirkung der aus dem Begriff der bona fides fließenden Rechtsregeln auf den vorliegenden Fall muß es angesehen werden, wenn die eine von den concurrirenden Klagen deshalb in Wegfall kommt, weil der Kläger den Gegenstand derselben bereits durch die anderen erhalten hat[27]). In Betreff des Zeitpunktes, nach welchem man dieß Erhaltenhaben zu beurtheilen hat, entscheidet weder die Litiscontestation der anhängig gemachten Klage[28]), noch die Fällung des Endurtheils[29]), sondern einzig und allein die Ausantwortung dessen, was den Gegenstand der Klage ausmacht, an den Kläger[30]). Als Mittel, die spätere Klage desselben Klägers abzuweisen, wird in den römischen Rechtsquellen die doli exceptio genannt[31]). 2) So oft die concurrirenden Klagen aus demselben Grunde entstehen und dieselbe Sache zum Gegenstande haben, hebt die eine Klage die andere von selbst auf[32]). Der Grund dieser Regel ist jedenfalls in den Eigenthümlichkeiten der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae zu

---

25) Arg. L. 7. D. 18. 3.

26) L. 9. §. 1. D. de tributoria actione. (14. 4.)

27) L. 2. §. 1. D. de tutelae et rat. (27. 3.) L. 34. §. 1 u. 2. D. 44. 7. L. 9. §. 1. D. 47. 2. Vergl. L. 31. §. 16. D. de aedilicio edicto (21. 1.) u. L. 57. D. de R. I. (50. 17.) L. 57. §. 3. D. 47. 2.

28) L. 36. §. 2. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 13. u. 14. D. de rei vindicat. (6. 1.) L. 7. §. 1. D. commodati. (13. 6.)

29) Vgl. Finestres l. c. p. 624.

30) L. 28. D. de act. emti vend. (19. 1.) L. 2. §. 1. D. de tutelae et rat. distr. (27. 3.) L. 18. §. 3. D. de pec. const. (13. 5.) L. 4. §. 7. D. de doli mali et metus exc. (44. 4.) Vgl. Finestres l. c. p. 625.

31) L. 28. D. 19. 1. L. 34. §. 1. D. de obligat. et act. (44. 7.) L. 71. pr. D. de furtis. (47. 2.) Vgl. Finestres l. c. p. 625.

32) L. 18. pr. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 18. §. 1. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 43. D. locati. (19. 2.) L. 76. §. 8. D. de legatis II. (31.) L. 43. §. 1. D. 50. 17. Vergl. Thibaut a. a. O. S. 156.

suchen, welche nach den allgemeinen Prozeßregeln stets einem späteren Prozesse entgegenstehen, wenn unter denselben Personen über dieselbe Rechtsverletzung in Betreff desselben Gegenstandes bereits eine Litiscontestation eingegangen[33]) oder ein Urtheil gefällt worden ist[34]). Am deutlichsten tritt die Anwendung dieser Regel in solchen Fällen hervor, in welchen die Verschiedenheit der Klagen nur auf der Verschiedenheit der Prozeßform beruht, wie bei der Concurrenz der certi condictio mit den bonae fidei actiones[35]). 3) So oft die concurrirenden Klagen aus demselben Factum entstehen und verschiedene Sachen zum Gegenstande haben, ist es erlaubt, sie alle neben oder nach einander anzustellen[36]). Besteht indeß der Unterschied des Klagobjectes nur in der Verschiedenheit der zu bezahlenden Geldsumme, so bleibt zwar, wenn die kleinere Klage vor der größern angestellt wird, die größere noch zuständig, um den Mehrbetrag einzufordern; doch kommt der Betrag dessen, was man durch die kleinere Klage bereits erhalten hat, von der Condemnationssumme der anderen in Abrechnung[37]). Damit hängt es auch zusammen, daß, wenn die größere Klage vor der kleinern angestellt und gewonnen wird, die letztere späterhin nicht wieder angestellt werden kann, da die größere jedenfalls die kleinere verschlingt[38]), und daß, wenn beide concurrirende Klagen dieselbe Condemnationssumme enthalten, der Concurs derselben nur electiv ist, und daß die cautio de non amplius petendo (siehe diesen Art.) als das gewöhnliche Mittel genannt wird, um den electiven Concurs im vorliegenden Falle herbeizuführen[39]).

Was endlich den subjectiven Klagenconcurs anbetrifft, so sind die Grundsätze, nach welchen derselbe beurtheilt wird, einfacher als diejenigen, welche bei dem objectiven stattfinden. Zum obersten Grundsatze in dieser Lehre ist nach Thibaut's Vorgange jedenfalls die Rechtsregel zu machen, daß Handlungen, welche man in Beziehung auf die eine Person vornahm, einer anderen weder schaden noch nützen, daß also das Gewinnen und Verlieren und Aufgeben der einen Klage im Verhältniß zu der einen Person die Anstellung dieser oder einer anderen

---

33) Caius inst. III. §. 180 u. 181. IV. §. 106—108. Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil, S. 82—85.

34) L. 3. D. de exc. rei iud. (44. 2.) L. 7. §. 4 u. 5. D. ibid. L. 19. D. ibid. Vergl. Keller a. a. O. S. 261—283.

35) L. 28. §. 4. D. de iureiur. (12. 2.)

36) L. 45. u. 46. D. pro socio. (17. 2.) L. 42. D. locati. (19. 2.) L. 1. §. 22. D. de tut. et rat. (27. 3.) L. 2. §. 1. D. ibid. L. 57. §. 3. D. 47. 2. Ueber die scheinbar entgegenstehende L. 71. pr. D. 47. 2. vergl. Cuiacii obs. XVII. 12. und Thibaut a. a. O. S. 168.

37) L. 34. §. 2. D. 44. 7. L. 41. §. 1. D. ibid. L. 47. pr. D. pro socio. (17. 2.) L. 7. §. 1. D. commodati. (13. 6.) L. 88. D. 47. 2. Vgl. Thibaut a. a. O. S. 191—194.

38) L. 18. D. 9. 2. L. 13. D. 6. 1. L. 18. §. 1. D. 13. 6. L. 43. D. 19. 2. Vgl. Thibaut a. a. O. S. 181—183.

39) L. 13. D. 6. 1. L. 43. D. 19. 2. Vgl. Krug, diss. selecta de condictione furtiva (Lips. 1830) p. 54—56.

Klage gegen andere Personen nicht ausschließt[40]). Ausnahmen von dieser Regel treten in folgenden Fällen ein. 1) Bei Correalforderungen wegen der Einheit der Obligation in subjectiver Beziehung auf die activen oder passiven Theilhaber derselben. Hier wird angenommen, daß jeder active und passive Theilnehmer an der Obligation zum Ganzen berechtigt und verpflichtet ist[41]), und deshalb vernichtet die von dem einen der Correalgläubiger oder gegen den einen der Correalschuldner des Ganzen halber angestellte Klage die ganze Obligation[42]). 2) Im älteren Rechte wurden, wenn der haeres pro parte desjenigen, gegen welchen die actio de peculio oder de in rem verso zuständig war, vom Gläubiger des Verstorbenen belangt wurde, nach dem strengen Rechte seine Miterben frei von der Verbindlichkeit in Bezug auf ihren Erbtheil, doch ließ man späterhin auch hier aus Rücksicht auf die Billigkeit die actio de peculio und de in rem verso gegen die anderen Miterben zu[43]). Im älteren Rechte wurden ferner auch 3) die Bürgen, welche für die Erfüllung einer und derselben Verbindlichkeit in der Mehrzahl angenommen worden waren, durch die Litiscontestation von Seiten des Hauptgläubigers und des einen ihrer Collegen frei von ihrer Verbindlichkeit, für den Hauptschuldner zu zahlen, doch ist dieser Ausnahmsfall im Justinianischen Rechte in Wegfall gekommen, da nach einer Verfügung Justinian's die genannten Personen nicht anders frei werden, als bis der Hauptgläubiger ganz befriedigt ist[44]). 4) Wenn jemand vom Hausſohne eine Sache auf dem Wege der Klage verlangt und später den Vater, in dessen Gewalt der Sohn steht, aus demselben Grunde verklagt, so steht der späteren Klage die exceptio rei iudicatae entgegen[45]). Der Grund dieser Ausnahme ist nicht sowohl in der von den Neueren angenommenen Personeneinheit (unitas personae) zwischen Vater und Sohn, als vielmehr in dem Umstande zu suchen, daß der Sohn alle Rechte, die er erwirbt, mithin auch die Exceptionsrechte, seinem Vater erwirbt. 5) In der actio aquae pluviae arcendae geht die in einem früheren Prozesse erworbene rei iudicatae exceptio auf die, welche durch Singularsuccession in das Eigenthumsrecht ihrer Vordermänner eintreten, activ und passiv über, freilich nur in Betreff desjenigen Werkes, welches der Gegenstand des ersten Prozesses war[46]). 6) Bei der in factum actio gegen Gastwirthe und Schiffsherren, deren Leute uns bestohlen oder Schaden zugefügt haben, wird der ganze Klaggrund consumirt, und es kann mithin aus demsel-

---

40) L. 1. D. de except. rei iud. (44. 2.) L. 22. D. ibid. §. 2. J. de iniuriis. (4. 4.)

41) L. 2. D. duobus reis constituendis. (45. 2.) L. 3. §. 1. D. ibid. §. 1. J. de duobus reis stipulandi. (3. 17.) vergl. mit L. 3. §. 1. D. 45. 2. L. 9. §. 2. D. ibid.

42) L. 2. D. 45. 2. L. 16. D. ibid.

43) L. 32. pr. D. de peculio. (15. 1.)

44) L. 28. C. de fideiussoribus et mandatoribus. (8. 41.)

45) L. 11. §. 8. D. de exceptione rei iudicatae. (44. 2.)

46) L. 11. §. 7. D. 44. 2. Vgl. L. 28. D. ibid.

ben Grunde gegen den Thäter selbst nicht noch einmal geklagt werden[47]). 7) Nach einer singulären Entscheidung Justinian's[48]) soll, wenn dem Commodatar die geliehene Sache durch Diebstahl entrissen worden, der Eigenthümer derselben das Recht haben, entweder den Commodatar mit der Contractsklage, oder den Dieb mit der furti actio in Anspruch zu nehmen, in der Maße, daß durch die Anstellung der einen Klage die andere erlischt, während dem Commodatar nur dann die furti actio gegen den Dieb gestattet werden soll, wenn er vom Commodans, falls dieser vom Diebstahl unterrichtet ist, mit der Contractsklage auf Schadenersatz belangt wird. Nur wenn der Commodans vom geschehenen Diebstahle nichts weiß, wird ihm auch nach der Anstellung der commodati actio gegen den Commodatar der Regreß zur furti actio gegen den Dieb gestattet, und auch dann nur gegen Zurücknahme der einmal angestellten Contractsklage. Im früheren Rechte gestattete man im vorliegenden Falle die Diebstahlsklage regelmäßig dem Commodatar, und nur, wenn er in Armuth verfallen war, ausnahmsweise dem Commodans[49]). — Uebrigens ist es wohl eine allgemeine Regel, daß in allen Fällen des subjectiven Klagenconcurses, wo eine Klage die andere aufhebt, diese Wirkung mit der litis contestatio verbunden ist[50]), und es erklärt sich dieß einfach aus der Natur der exceptio rei in iudicium deductae, welche im älteren Rechte dazu bestimmt war, das Recht der Litispendenz geltend zu machen.

Heimbach.

Concursus duarum causarum lucrativarum, als Aufhebungsgrund von Obligationen[1]). Nach einer in dem classischen Pandektenrechte allgemein anerkannten Rechtsregel erlöschen, wenn eine Person als Gläubiger dieselbe Sache (species) aus zwei oder mehreren lucrativen Erwerbsgründen zu fordern hat, die übrigen Forderungen, sobald der Gläubiger aus einem dieser Gründe die Sache selbst ganz und unwiderruflich zum Eigenthum erworben hat. Die Erfordernisse, unter welchen diese Rechtsregel[2]) überhaupt eintreten kann, sind im Detail folgende. 1) Es müssen mehrere wirklich lucrative Erwerbsgründe concurriren. Causa lucrativa heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen jeder Grund, aus welchem man Vermögensrechte

---

47) L. 6. §. 4. D. nautae, caupones. (4. 9.)
48) L. 22. §. 1. C. de furtis et servo. (6. 2.)
49) L. 22. pr. C. 6. 2.
50) L. 18. D. 44. 7. L. 5. D. 46. 1. L. 22. §. 2. C. 6. 2. Vergl. Finestres l. c. p. 624.

1) Literatur: Maiansius, de prohibito concursu lucrativarum causarum, in Eiusd. disput. iuris tom. I. Nr. 7. p. 118—142. Sell, über die römisch-rechtliche Aufhebung der Obligationen durch concursus duar. causar. lucrativarum. Zürich 1839. Eine Uebersicht der hierher gehörigen Literatur findet sich bei Sell a. a. O. S. 1—4.

2) Theoph. paraphr. inst. II. 20. §. 6. tom. I. ed. Reitz p. 442. nennt sie κανὼν. In den römischen Rechtsquellen wird sie mit den Worten ausgedrückt: duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse. §. 6. J. 2. 20. ibique Theoph.

erwirbt, ohne dafür etwas hinzugeben oder verbindlich zu werden; doch wird der Ausdruck fast immer nur auf den Empfänger oder Besitzer der Sache bezogen[3]). Zu den lucrativae causae rechnen die römischen Rechtsquellen die Schenkung unter Lebenden[4]), das Legat[5]), das Fideicommiß[6]), die Erbschaft[7]), die Ersitzung[8]), die noxae deditio[9]), vielleicht auch die mortis causa donatio[10]), im Gegensatze solcher causae, aus welchen man gegen Aufgabe eines eigenen Vermögensrechtes oder gegen Uebernahme einer Verbindlichkeit ein bestimmtes Vermögensrecht erwirbt, wie z. B. beim Kaufe, der Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w.[11]), welche die neueren Rechtsgelehrten mit einem den römischen Rechtsquellen unbekannten Kunstausdrucke, onerosa negotia, bezeichnen. Bei dem Zusammentreffen solcher als lucrativae causae in den Rechtsquellen ausdrücklich bezeichneten Erwerbsgründe versteht es sich indeß von selbst, daß sie im einzelnen Falle nur dann und nur insoweit als solche in Betracht kommen, als sie einen reinen Gewinn für den Gläubiger enthalten. Ist die eine von den concurrirenden lucrativae causae gemischter Natur, d. h. hat sie theils einen lucrativen, theils einen onerosen Charakter, so erlöscht die eine Forderung ex causa lucrativa, wenn man die Sache in Folge der anderen erhält, soweit dieselbe als ein lucrativer Erwerbsgrund erscheint[12]); in Beziehung auf das Uebrige dagegen bleiben beide Forderungen neben einander bestehen, ganz wie dieß auch der Fall ist, wenn von den beiden concurrirenden Erwerbsgründen der eine lucrativ, der andere oneros ist[13]). Auch erlischt die Forderung beim Zusammentreffen zweier lucrativen Gründe dann nicht, wenn der eine wegen Insolvenz des Schuldners eine inexigible Forderung enthält[14]), oder aus irgend einem Grunde ungiltig ist, und zwar im zuletzt genannten Falle soweit überhaupt die Ungiltigkeit desselben reicht[15]). War der eine von den Erwerbsgründen bedingt, so kommen die allgemeinen

---

3) Vergl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Th. 1, S. 3.

4) §. 6. J. 2. 20. Vgl. L. un. C. de impon. lucrat. descript. (10. 35.)

5) L. 108. §. 4 u. 5. D. de legat. I. (30.) L. 82. pr. u. §. 4. D. ibid. L. 73. D. de legatis II. (31.) Vgl. Sell a. a. O. S. 20.

6) L. 21. §. 1. D. de legatis III. (32.) Auch versteht sich dieß für das Justinianische Recht seit der Verschmelzung der Legate und Fideicommisse von selbst.

7) L. 83. §. 6. D. de V. O. (45. 1.) Vgl. Sell a. a. O. S. 21.

8) L. 82. §. 1. D. de leg. I. (30.) Vgl. Schrader ad Iustin. Instit. p. 362.

9) L. 4. §. 31. D. de doli mali et metus exceptione. (44. 4.)

10) L. un. C. 10. 35.

11) L. 108. §. 4—6. D. 30. L. 4. §. 31. D. 44. 4. §. 6. J. 2. 20. etc. Selbst der Erwerb des partus einer gekauften Sclavin oder eines Mutterthieres gilt als onoros. L. 82. §. 4. D. 30. L. 73. D. 31. L. 12. §. 18. D. de captivis et postl. reversis. (49. 15.)

12) L. 13. §. 15. D. de act. emti vend. (19. 1.) vergl. mit L. 34. §. 7 u. 8. D. 30. L. 82. §. 2 u. 3. D. ibid.

13) L. 19. D. de oblig. et act. (44. 7.) §. 6. J. 2. 20. ibique Theoph.

14) L. 108. §. 6. D. 30.

15) L. 109. pr. D. 30.

Regeln von den Bedingungen in Betracht. Daher gilt es als Erwerb ex causa lucrativa, wenn der Erwerbsgrund von Anfang an bedingt war und die Bedingung nachher in Erfüllung geht, und auch die bedingte lucrativa causa erlischt, wenn der Gläubiger aus einem anderen unbedingten Erwerbsgrunde das Eigenthum der Sache erworben hat[16]). 2) Die mehreren lucrativen causae müssen in einer und derselben Person als Gläubiger zusammentreffen[17]). Die Identität der Person nimmt man hier in der vollen Strenge des Wortes, und sie wird in den Fällen abgeleugnet, wo der Erwerb durch den Sclaven in der Person des Herrn mit des letzteren eigener Persönlichkeit zusammentrifft[18]). Ob die Repräsentation durch Erbschaft im vorliegenden Falle in Betracht komme, ist streitig. Nach der allgemeinen Fassung von L. 17. D. de obligat. et action. (44. 7.) ist die Identität der Person für den vorliegenden Fall bei der eben genannten Form der Repräsentation unbezweifelt, während die gleich darauf folgende Stelle (L. 18. D. ibid.) vorauszusetzen scheint, daß, wenn die concurrirenden Erwerbsgründe einander aufheben sollen, sie ursprünglich in derselben Person entstanden sein müssen. Indeß scheint es richtiger, die zuletzt angeführte Stelle mit Sell[19]) nur auf die prozessualische Consumtion der concurrirenden Klagen zu beziehen, und dann würde sie nichts Anderes besagen, als daß bei zwei, ihrem Fundamente nach selbstständigen persönlichen Klagen das Anhängigmachen der einen die Anstellung der andern keineswegs ausschließe, — eine Ansicht, welche auch in anderen Stellen der classischen Juristen deutlich ausgesprochen wird[20]). 3) Der Gegenstand der concurrirenden lucrativen Erwerbsgründe muß dieselbe bestimmte Sache, d. h. die nämliche species sein[21]). Daher gebrauchen die römischen Rechtsquellen an den Stellen, wo sie den vorliegenden Fall behandeln, entweder recht absichtlich den Ausdruck species, oder führen auch beispielsweise eine bestimmte species, wie einen mit einem Namen bezeichneten Sclaven an, und in anderen Stellen, welche allgemeiner gefaßt scheinen, sind die gebrauchten Ausdrücke nach dem Zusammenhange derselben mit dem Vorhergehenden und dem ganzen Obligationssysteme stillschweigend auf die genannte Weise zu beschränken. Aus dem Gesagten ergibt sich nicht allein so viel mit Gewißheit, daß wenn ein genus der Gegenstand der mehreren lucrativen Obligationen ist, dieselben neben einander bestehen bleiben, ohne Unterschied, ob das Object derselben eine Quantität vertretbarer Sachen[22]), oder ein nur seinem Gattungsbegriffe nach bezeichnetes Individuum ist[23]), da im zu-

---

16) L. 98. pr. D. de V. O. (45. 1.)

17) §. 6. J. 2. 20. ibique Theoph. L. 17. D. 44. 7. L. 61. D. 46. 3. L. 83. §. 6. D. de V. O. (45. 1.)

18) L. 108. §. 1. D. 30.

19) A. a. O. S. 41—44.

20) L. 14. §. 2. D. de re iudicata. (44. 2.)

21) §. 6. J. 2. 20. ibique Theoph. eandem rem. — L. 61. D. de solut. (46. 3.) id, quod tibi debeam.

22) L. 34. §. 3—6. D. 30. L. 87. pr. D. 31. etc.

23) Arg. L. 66. §. 5. D. 31. Vgl. Sell a. a. O. S. 134—144.

letzt genannten Falle erst durch die Ausübung des Wahlrechtes von Seiten des Gläubigers oder Schuldners der Gegenstand der Obligation bestimmt wird. 4) Der Gläubiger muß die aus zwei lucrativen Erwerbsgründen geschuldete Sache aus dem einen derselben wirklich zum Eigenthum erhalten haben, da der Erwerb des bloßen Forderungsrechtes keineswegs zureicht, um die gewöhnliche Wirkung des Concurses herbeizuführen. Die römischen Rechtsquellen deuten dieß Erforderniß durch eine Reihe von Ausdrücken an, welche nur von dem Uebergange des Eigenthums an den Gläubiger verstanden werden können[24]). Fragt man, welcher Zeitpunkt in Betreff der Eigenthumserwerbung in Betracht komme, so muß dieß natürlich im concreten Falle nach dem Charakter des fraglichen Rechtsgeschäftes bestimmt werden. Beim Vermächtniß einer dem Erblasser eigenthümlich zugehörigen Sache genügt der dies cedens legati, weil an demselben das Eigenthum der vermachten Sache sofort an den Legatar übergeht; bei Stipulationen kommt der Zeitpunkt der Uebergabe in Betracht. Dabei versteht es sich von selbst, daß diese Eigenthumserwerbung in Folge des lucrativen Grundes ein unwiderrufliches Recht an der Sache für den Erwerber erwirken müsse. Denn wenn er durch die Erwerbung verpflichtet wird, die Sache späterhin entweder an den Empfänger[25]), oder an einen Dritten[26]) herauszugeben, so wird dadurch der andere lucrative Erwerbsgrund nicht ausgeschlossen. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich auch so viel mit Gewißheit, daß, wenn der Gläubiger statt der geschuldeten species den Werth derselben erhalten hat, von den concurrirenden causae lucrativae die eine durch die andere nicht aufgehoben wird[27]). — Die Wirkung des concursus duarum lucrativarum causarum ist die, daß durch den unwiderruflichen Erwerb der Sache aus dem einen Grunde der andere von selbst aufhört, gleichwie durch solutio. Daher ist in den römischen Rechtsquellen in dieser Beziehung die Rede von competit liberatio[28]), evanescit stipulatio[29]), perimitur stipulatio[30]), agere non potest[31]), fideicommissum exstinguitur[32]). Also kann aus dem späteren lucrativen Erwerbsgrunde nicht mehr geklagt werden, und es bedarf mithin nicht einmal einer Exception von Seiten des Schuldners, um diese Wirkung zu den eigenen Gunsten geltend zu

---

24) Cum ea species ad creditores pervenisset (L. 17. D. 44. 7.), si rem pactus fuero (L. 83. §. 6. D. 45. 1.), si dominus rei factus fuerit (§. 6. J. 2. 20. ibique Theoph.), si ex lucrativa causa meus esse coeperit (L. 98. pr. D. 45. 1. L. 82. pr. D. 30.), fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum (L. 21. §. 1. D. 32.).

25) L. 82. pr. D. 30. L. 61. D. 46. 3.

26) L. 108. §. 5. D. 30. L. 82. §. 1. D. ibid. Vgl. L. 34. §. 8. D. 30.

27) §. 6. J. 2. 20.

28) L. 61. D. de solut. (46. 3.) L. 17. D. 44. 7.

29) L. 83. §. 6. D. 45. 1.

30) L. 98. pr. D. 45. 1.

31) §. 6. J. 2. 20.

32) L. 21. §. 1. D. 2. 20.

machen. Dabei versteht es sich indeß von selbst, daß, wenn der eine von den Erwerbsgründen zum Theil oneroser, zum Theil lucrativer Natur war, der andere insoweit stehen bleibt, als der erstere oneroser Natur war, und daß, wenn man aus einem der concurrirenden lucrativen Erwerbsgründe weniger erhalten hat, als der andere in sich begreift, das Mehr des letzteren nachgefordert werden kann[33]), und daß endlich, wenn von den concurrirenden Gründen einer zum Theil ungiltig wird, der Einfluß desselben auf die Aufhebung des anderen Obligationsgrundes nur so weit reicht, als er giltig verbleibt[34]). In wie weit nun diese Wirkung des Concurses bereits eingetreten ist, kann jedenfalls der Schuldner, welcher die durch den Concurs aufgehobene Verbindlichkeit erfüllt hat, das Gegebene von dem Empfänger wieder zurückfordern, entweder mit der condictio indebiti oder mit der sine causa, je nachdem die speciellen Voraussetzungen der einen oder der anderen Klage im vorliegenden Falle vorhanden sind. Doch versteht es sich von selbst, daß, wenn zuerst der Werth der Sache aus der einen und erst später die Sache selbst, oder beide zugleich aus zwei selbstständigen, von verschiedenen selbstständigen Personen herrührenden lucrativen Dispositionen entrichtet werden, im Allgemeinen keine Rückforderung stattfindet, außer wenn in fraudem legis gehandelt worden ist[35]). Ueber die Gründe des römischen Rechtssystems, welche die Wirkungen des concursus d. c. l. herbeigeführt haben, herrscht große Dunkelheit, da nicht eine Stelle unserer Rechtsquellen davon Zeugniß ablegt. Wahrscheinlich liegen dieselben nicht sowohl in der Concurrenz mehrerer Forderungen in der Person Eines Gläubigers und in Hinsicht Eines Gegenstandes überhaupt, ebenso wenig in dem Zusammentreffen mehrerer solcher lucrativer Forderungen in der Person desselben Gläubigers, sondern vielmehr darin, daß der Gläubiger, welcher die species selbst, den eigentlichen Gegenstand der Forderung und dadurch auch zugleich den Werth derselben ganz unentgeldlich und unwiderruflich erhalten hat, diesen Werth nicht noch einmal besonders, also doppelt, ex causa lucrativa soll verlangen können, zumal da diese Aestimation nicht einmal den wahren Gegenstand der Obligation ausmacht. Und diese Vermuthung wird durch folgende Grundsätze unterstützt: daß Eine species überhaupt nur einmal geleistet werden kann[36]); daß ferner, wer eine Sache besitzt, auch deren Werth besitzt[37]), während umgekehrt, wer den Werth der Sache hat, dadurch nicht die Sache selbst erhält, und daß es endlich den Grundsätzen der bona fides unangemessen schien, Jemand zu gestatten, daß er dieselbe Sache

---

33) L. 56. §. 7. D. 45. 1. L. 58. D. ibid. Vgl. Sell a. a. O. S. 27—29.

34) Arg. L. 109. pr. D. 30.

35) Vgl. Sell a. a. O. S. 187.

36) L. 34. §. 3. D. 30. L. 108. §. 4. D. ibid. Vgl. Caius inst. IV. 4. §. 10. J. 2. 20. L. 14. §. 2. D. de exc. rei iud. (44. 2.) Vergl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil, S. 286.

37) L. 88. D. 50. 16.

zweimal verlange[38]). Jedenfalls ist die Vorschrift von der Aufhebung der Obligation durch diesen Concurs nicht zufällig entstanden. Sie wurzelt tief in den Ansichten des römischen Volkes und hat sich durch die Doctrin, unter Einwirkung des Princips der aequitas, allmählig ausgebildet. Zur Zeit der Pandektenjuristen war ihre Anwendbarkeit längst entschieden, und, wenn auch eine Stelle des Africanus[39]) darauf zu deuten scheint, daß sie früher von Manchem bezweifelt worden ist, so ist doch in die Justinianischen Pandekten keine Spur dieser Controverse übergegangen, vielmehr deuten die Justinianischen Institutionen[40]) an, daß sich unsere Regel zur Zeit Justinian's auf dem Wege der Ueberlieferung vollkommen festgestellt habe. Heimbach.

Condictio[1]). Condicere heißt ursprünglich ansagen, daß etwas an einem bestimmten Tage geschehen solle. In dieser Bedeutung kam das Wort schon im Auguralrechte vor[2]), und wenn es späterhin auf das Verfahren vor Gericht übertragen worden, so ist damit die Bedeutung desselben nicht geändert worden. Zur Zeit, in welcher die Prozesse nur in der Form der legis actio abgesetzt wurden, heißt legis actio per condictionem die Einleitung des Prozesses über eine Forderung, welche im dare besteht, in der Art, daß man seinem Gegner ansagt, er solle sich nach 30 Tagen zur Bestellung eines Richters (ad capiendum iudicem) wieder einfinden[3]). Das Eigenthümliche dieser legis actio bestand gerade in dieser, vor dem Prätor vorzunehmenden Ansage. Zuerst wurde die Form durch eine lex Silia für den Fall gestattet, wenn der Gegenstand der Forderung eine bestimmte Summe baares Geld (certa pecunia) war, später aber durch eine lex Calpurnia auch für den Fall erlaubt, wenn der Gegenstand der Forderung eine andere bestimmte Sache (certa res) war[4]). Seitdem die Legis Actionen als Prozeßformen durch den Einfluß der lex Aebutia und der beiden leges Iuliae abgekommen und das Prozessiren in der Form der formulae gewöhnlich geworden war, wurde der Ausdruck condictio überhaupt für solche Klagen gewöhnlich, welche auf

---

38) L. 57. D. 50. 17. L. 51. §. 1. D. de re iud. (42. 1.) L. 34. pr. D. 44. 7. L. 31. §. 16. D. de aedil. edicto. (21. 1.) L. 32. §. 16. D. de evict. (21. 2.) vergl. mit L. 34. §. 7 u. 8. D. 30. L. 82. §. 2 u. 3. D. ibid. L. 61. D. 46. 3.

39) L. 108. §. 4. D. 30.

40) §. 6. J. 2. 20.

1) Ueber den Begriff der condictio im älteren Rechte vergl. Jac. Gothofredus ad L. 1. C. Th. de denuntiationibus. (2. 4.) Heffter, in obs. V. ad Caii inst. comm. IV. p. 14. Zimmern, der römische Civilprozeß, §. 43, S. 119—121.

2) Festus de V. S. s. h. v. condicere, condictio. Serv. ad Virgil. Aen. III. 117. So condictus dies bei Gell. N. Att. XVI. 4. Plaut. Curcul. 1. 1. 5.

3) Caius inst. IV. §. 18. §. 15. J. de action. (4. 6.) Theoph. paraphr. inst. IV. 6. §. 15. ed. Reitz tom. II. p. 805.

4) Caius inst. IV. §. 19.

ein dare oportere gerichtet sind, und dieser Sprachgebrauch war noch zu den Zeiten, als Caius seine Institutionen schrieb, der herrschende[5]), wenngleich man den Ausdruck in einer engeren Bedeutung zur Bezeichnung der certi condictio brauchte[6]). Daß beide Bedeutungen aus der alten legis actio per condictionem entstanden sind, lehrt der geschichtliche Zusammenhang der Lehre von den Condictionen und die Zusammenstellung der condictio des älteren und neueren Rechtes an einigen Stellen[7]). In der Sprache der gewöhnlichen Juristen wurde der Begriff condictio auf alle diejenigen Civilklagen, welche auf ein dare oder facere oportere gerichtet sind[8]), angewendet; im Gegensatze der vindicationes, welches der allgemeine Name für die in rem actiones geworden ist. Im classischen Pandektenrechte werden eine Reihe persönlicher Klagen mit dem Namen condictiones belegt, welche mit einander nur das gemeinschaftlich haben, daß sie zu den stricti iuris actiones gehören[9]). Es sind namentlich folgende: die certi condictio und die nach Einiger Meinung von ihr verschiedene condictio si certum petetur (Dig. XII. 1. de rebus creditis, si certum petetur, de condictione), die condictio ab causam datorum (Dig. XII. 4. de condictione causa data, causa non secuta), die condictio ob turpem vel iniustam causam (Dig. XII. 5.), die condictio indebiti (Dig. XII. 6.), die condictio sine causa (Dig. XII. 7.), die condictio furtiva (Dig. XIII. 1.), die condictio ex lege (Dig. XIII. 2.), die condictio triticaria (Dig. XIII. 3.), wozu die neueren Rechtsgelehrten noch hinzufügen die incerti condictio, die condictio Iuventiana, de bene depensis und ex suffragio. In den älteren Zeiten dachte man sich das Verhältniß der genannten Condictionen zu einander gewöhnlich so, als wenn jede derselben eine besondere, von den übrigen getrennte Klage wäre. In den neueren Zeiten ist indeß von Gans[10]) nachgewiesen worden, daß diese Verschiedenheit der einzelnen Condictionen nur scheinbar sei, und daß es überhaupt nur Eine Condiction, aber so viel verschiedene Condictionsgründe gebe, als in den römischen Rechtsquellen einzelne Condictionen genannt werden.

---

5) Caius inst. IV. §. 33. III. §. 91.

6) Dig. XII. 1. et de condictione, Iust. inst. III. 15. pr. coll. Theoph. l. c. tom. II. p. 617. et inst. III. 16. pr. coll. Theoph. l. c. tom. II. p. 623. Selbst in den griechischen Versionen der Pandekten findet sich dieser Sprachgebrauch. Vgl. Anonym. ad Bas. ad XXIII. 1. ed. Fabr. tom. III. p. 240. A. 10. Cyrillus l. c. p. 286.

7) Caius inst. IV. §. 18. §. 32 u. 33. Theoph. paraphr. inst. IV. 6. 15. ed. Reitz tom. II. p. 805. Vgl. Heimbach, observationum iuris Romani liber (Lips. 1834), p. 42—44.

8) Caius inst. IV. §. 5. L. 25. pr. D. de obligat. et act. (44. 7.) §. 15. J. 4. 6. Theoph. paraphr. inst. IV. 6. §. 15. ed. Reitz tom. II. p. 805. Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 37, Note 8a. Anderer Mein. ist Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 7 flg.

9) Theoph. inst. IV. 13. §. 3. tom. II. p. 877.

10) Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatcontracten (Heidelberg 1819), S. 21—41.

Am deutlichsten sprechen für diese Ansicht solche Stellen, welche die Identität der aus dem Darlehn entspringenden certi condictio und der condictio indebiti voraussetzen[11]). Auch kommen andere Zeugnisse der classischen Juristen in Betracht, welche in Beziehung auf die übrigen Condictionen dasselbe, wenn gleich etwas dunkler, besagen[12]). Ueberhaupt stellen die römischen Rechtsquellen die einzelnen Condictionsgründe in Betreff der daraus entstehenden Condictionen in der Maße dar, daß die Identität derselben in ihrer Wirkung nicht füglich bezweifelt werden kann[13]). Endlich dürften für die hier angenommene Meinung auch solche Stellen entscheidend sein, aus welchen hervorgeht, daß in einem gegebenen Falle der oder jener Condictionsgrund nach der individuellen Ansicht eines Jeden angenommen werden könne[14]). Erst von dem hier angenommenen Standpunkte aus wird es möglich, den beständigen Gegensatz von vindicatio und condictio[15]) zu erklären. Die allgemeine, auf der natürlichen Billigkeit beruhende[16]) Grundlage aller einzelnen Condictionen bildet das Haben ohne Grund (rem habere sine causa), d. h. das durch die Uebertragung des Eigenthums oder Besitzes einer Sache entstehende rechtlose Verhältniß des Empfängers der Sache zum Geber, wenn dieser die Sache hingab in der Absicht zu contrahiren oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, und diese Absicht nicht erreicht worden, oder die Rückgabe der Sache schon in der beabsichtigten Verbindlichkeit begründet ist. Man setzt im ersten Falle voraus, daß der Geber die Sache nicht hingegeben haben würde, wenn er vorausgesehen, daß seine Absicht nicht werde erreicht werden. Selbst auf Obligationen, welche indebite oder sine causa übernommen werden, ist diese Ansicht ausgedehnt worden[17]), in welchem Falle freilich nicht sowohl der Gegenstand der grundlos eingegangenen Obligation, als vielmehr diese selbst condicirt wird. Im Allgemeinen ist dabei kein Unterschied zwischen den Fällen, in welchen von Anfang an kein Grund zur Hingabe vorhanden war, wie z. B. bei dem indebitum, und denen, welche vom Anfang an einen solchen Grund, der indeß durch später hinzutretende Umstände in Wegfall gekommen ist, nicht enthielten, da in beiden Gattungen von Fällen die Condiction gleichmäßig gestattet wird[18]). Als den vorzüglichsten Condictionsgrund erkennen die rö-

---

11) L. 5. §. 3. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) §. 6. J. de obligationibus, quae quasi ex contr. (3. 27.)

12) L. 18. pr. D. 12. 1. L. 32. D. ibid.

13) L. 50. §. 1. D. de iure dotium. (23. 3.) L. 65. §. 4. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 66. D. ibid. Vgl. Gans a. a. O. S. 38 flg.

14) L. 10. D. de condictione causa data, causa non secuta. (12. 4.) L. 14. D. ibid.

15) L. 24. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.) Vgl. L. 6. D. de rei vindicatione. (6. 1.) L. 14. D. 12. 1. L. 29. D. 12. 6.

16) L. 66. D. de condictione indebiti. (12. 6.) L. 65. §. 4. D. ibid. L. 25. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

17) L. 1. pr. u. §. 1. D. de condictione sine causa. (12. 7.) L. 3. D. ibid. etc.

18) L. 52. D. 12. 6. L. 65. pr. §. 1—6. D. ibid. L. 1. pr. §. 1—3. D. 12. 7. L. 4. D. ibid.

mischen Rechtsquellen die numeratio[19]) an, und gerade diesem Obligationsgrunde scheinen erst nach und nach andere im Laufe der Zeiten gleichgestellt worden zu sein, wie die Consumtion einer im fremden Eigenthume befindlichen Sache, die Stipulation, die litterarum obligatio u. dergl. In der Darstellung des Details dieser Lehre scheint es am zweckmäßigsten, die einzelnen Condictionen nach Anleitung des oben gegebenen Verzeichnisses zu trennen.

I. Certi condictio[20]), wofür manche neueren Rechtsgelehrten fälschlich condictio certi sagen[21]), heißt in dem classischen Pandektenrechte die Condiction, welche auf ein certum gerichtet ist. Sie hat ihren Namen von dem Gegenstande erhalten, auf welchen sie gerichtet ist, und entsteht[22]) aus allen Obligationsgründen, welche die Forderung auf ein certum begründen, ohne Unterschied, ob ein Real- oder Verbalcontract oder Beides zugleich vorliegt, wenn nur überhaupt der Zahltag eingetreten oder die Suspensivbedingung, von welcher die Obligation abhängt, in Erfüllung gegangen ist. Auch wenn ein ertheiltes Legat eingefordert, oder die Restitution einer Erbschaft ex SC. Trebelliano verlangt wird, selbst aus Delicten, wie bei der widerrechtlichen Beschädigung und dem Diebstahl, ist die certi condictio zulässig[23]). In manchen Obligationsverhältnissen ist sie die einzige Klage, welche aus dem vorliegenden Geschäfte entsteht. Dieß gilt vom Darlehn[24]), in welchem Falle man ihr den Beinamen certi condictio ex mutuo zu geben pflegt; von der Stipulation, welche auf ein certum gerichtet

---

19) L. 7. D. 12. 1. L. 9. §. 4—7. D. ibid.

20) L. 9. D. de rebus creditis. (12. 1.) Auf diese Wortstellung deutet auch der Ausdruck der Griechen ὁ κέρτος κονδικτίκιος, ferner das certi condici potest res in L. 17. §. 2. D. de actione rerum amotarum (25. 2.) und das gewöhnliche incerti condicere und incertum condicere. Vgl. Heimbach l. c. p. 4. not. 12. — Literatur: Cuiacius, paratita D. de rebus creditis. (12. 1.) Donellus, comm. ad eundem Dig. titulum. Merillius, variantes ex Cuiacio interpretationes lib. I. c. 15. Gans, über römisches Obligationenrecht (Heidelberg 1819), S. 1—136. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses, S. 37—41. Zimmern, der röm. Civilprozeß, §. 61, S. 179—182. Hasse, über das Wesen der actio, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Th. 6, S. 54 flg. Heimbach, observationum iuris Romani liber. Lipsiae 1834. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechtes, Th. 2, S. 344—346.

21) Nur einmal findet sich condictio certi in L. 12. D. de novationibus et delegationibus (42. 2.); allein in dieser Stelle wird die Umstellung der Worte durch den Gegensatz gerechtfertigt. Vgl. Heimbach l. c. p. 5. not. 12.

22) Vgl. L. 9. pr. u. §. 3. D. 12. 1. Zur Interpretation dieser Stelle s. Rubo, über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen. Berlin 1822. Heimbach, l. c. p. 5—8. Hasse, über das Wesen der actio, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Th. 6, S. 52 flg.

23) L. 9. §. 1. D. 12. 1. Cyrillus ad Basilic. 23. 1. ed. Fabr. tom. III. p. 247. Stephanus ad l. c. tom. III. p. 244 u. 248. Vgl. Heimbach l. c. p. 6—8.

24) Pr. J. quibus modis re contrahitur obligatio. (3. 14.)

ist[25]); von dem Litteralcontracte[26]). Häufig concurrirt diese Condiction mit anderen Klagen, welche zunächst aus dem vorliegenden Obligationsverhältnisse stammen, z. B. mit der actio rerum amotarum[27]), mit der actio mandati, negotiorum gestorum, pro socio u. s. w.[28]), wobei es sich freilich von selbst versteht, daß, falls eine solche Concurrenz eintritt, durch die eine Klage der vorliegende Obligationsgrund ganz in iudicium deducirt und mithin die Anstellung der anderen Klage unmöglich gemacht wird. Auf dem Gesagten beruht der Unterschied, welchen die griechischen Pandektenerklärer zwischen der certi condictio generalis und specialis machen[29]). Mit diesem Namen bezeichnen sie nämlich die Fälle, in welchen nur die certi condictio aus dem vorliegenden Geschäfte entsteht; jenen Kunstausdruck hingegen brauchen sie von den Fällen, in welchen die certi condictio mit anderen aus demselben Geschäfte stammenden Klagen concurrirt. Im ersteren Falle lehren sie, daß die certi condictio nach den ihr eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werde; im letzten Falle nehmen sie an, daß sie die Natur derjenigen Klage annehme, welche principaliter aus dem Geschäfte stammt, und mithin nach den Grundsätzen, welche von der letzteren gelten, zu beurtheilen sei. Für die Doctrin hat diese Eintheilung keine Bedeutung. — Der Gegenstand der vorliegenden Condiction ist, wie schon ihr Name ergiebt, ein **certum**. Die Begriffsbestimmung dieses Wortes ist in Bezug auf die vorliegende Klage sehr bestritten. Schon ältere Juristen, wie **Donellus**[30]), nehmen an, daß dieser Ausdruck von jeder res certa zu verstehen sei, nicht allein von einer bestimmten Summe baaren Geldes (certa pecunia numerata). Die Gründe für diese Meinung sind folgende. In der einen Pandektenstelle, welche den Umfang der certi condictio behandelt, wird die Anwendbarkeit dieser Klage für alle Fälle behauptet, in welchen ein certum petere vorkommt[31]). In einem anderen Fragmente desselben Titels, welches namentlich die Lehre von der certi condictio behandelt, wird das certum so bestimmt, daß man sieht, auch andere res certae außer baarem Gelde seien von den römischen Juristen dahin

---

25) L. 24. D. 12. 1. Pr. J. de verb. oblig. (3. 15.) **Theoph.** l. c. tom. II. p. 623.

26) Pr. J. de litterarum oblig. (3. 22.) Von diesem Falle handelt Cicero's Rede pro Roscio Comoedo.

27) L. 17. §. 2. D. 25. 2.

28) L. 28. §. 4. D. de iureiurando. (12. 2.) Vgl. **Heimbach** l. c. p. 7—9.

29) **Stephanus** ad Basilic. l. c. tom. III. p. 242.

30) In commentario ad tit. Dig. de rebus creditis ad leg. 6. p. 51. Ihm folgen von den neueren Rechtsgelehrten **Glück**, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 266 flg., **Gans** a. a. O. S. 29 flg., **Bethmann-Hollweg** a. a. O. 37—41., **Zimmern** a. a. O. §. 61., **Hasse** a. a. O. Th. 6, S. 54 flg., **Schilling**, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechtes, Th. 2. S. 344.

31) L. 9. pr. u. §. 1. D. 12. 1.

gerechnet worden[32]). Aus der certa stipulatio entsteht zweifelsohne die certi condictio, und doch ist gerade diese Stipulation nicht auf baares Geld beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf andere res certae[33]). Nun ist es aber aus der Geschichte des römischen Prozesses gewiß, daß die intentio der aus der Stipulation entstehenden Klage sich unmittelbar an die Fassung der Stipulation anschloß[34]). Auch in einer anderen Stelle, welche die Concurrenz der certi condictio mit der rerum amotarum actio behandelt, wird der Gebrauch der letzteren nicht blos auf den Fall beschränkt, wenn eine bestimmte Summe baares Geld in Frage kommt[35]), vielmehr geht aus der Fassung derselben hervor, daß diese Concurrenz auch dann eintrete, wenn andere Sachen amovirt worden sind. Endlich hat man für die angeführte Meinung den Grund geltend gemacht, daß die alte zu den legis actiones gehörige condictio nicht allein certa pecunia, sondern auch omnis res certa zum Gegenstande hatte[36]), und daß auch die ihr nachgebildete neuere Condictionsformel Beides umfaßte[37]). Für die gegentheilige Meinung, welche die Anwendbarkeit der certi condictio auf den Fall, wenn eine bestimmte Summe baares Geld der Gegenstand der Obligation ist, beschränkt[38]), sprechen namentlich folgende Thatsachen: daß die certi condictio höchst wahrscheinlich ein und dieselbe Klage mit der condictio si certum petetur ist, da doch gerade von dieser letzteren auch die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung zugeben, daß sie sich nur auf certa pecunia numerata bezogen[39]); daß ferner die griechischen Juristen, welche kurz nach Justinian's Tode schrieben, die certi condictio nur auf den genannten Fall beschränken[40]), und daß endlich die alte, von einem Pandektenscholiasten erwähnte Klagformel der certi condictio, wenn die Stelle nur richtig interpungirt wird, diese Beschränkung zu bestätigen scheint[41]). Nimmt man diese Meinung an, so wird es nöthig, in allen Fällen, in welchen eine andere certa res vorlag, mit den griechischen Pandektenerklärern anzunehmen[42]), daß

---

32) L. 6. D. 12. 1.

33) Pr. J. 3. 15. ibique Theoph. L. 74. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) L. 75. D. ibid.

34) Caius inst. IV. §. 53. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 38.

35) L. 17. §. 2. D. 25. 2.

36) Caius inst. IV. §. 19.

37) Caius inst. IV. §. 33.

38) Vgl. Heimbach l. c. p. 9—12.

39) L. 1. pr. D. de cond. trit. (13. 3.) Vgl. Schilling a. a. O. Th. 2, S. 345, Note u.

40) Stephanus ad Bas. 23. 1. tom. III. ed. Fabr. p. 235, 236, 247, 251. Anonym. l. c. tom. III. p. 232.

41) Ad Bas. 23. 1. tom. III. p. 235.

42) Stephanus ad Bas. 23. 1. tom. III. p. 249, 250, 251. Anonymus l. c. tom. III. p. 251. Vgl. Heimbach l. c. p. 25—27. Daraus erklärt sich wohl auch die lex damnata in L. 22. D. 12. 1., welche die Regeln anzugeben scheint, nach welchen eine solche Abschätzung gemacht werden sollte. Vergleiche zur Erklärung derselben Cuiacius in tractatu VIII. ad

dem Kläger der Gebrauch der certi condictio nur insofern möglich war, als er vor der Anstellung der Klage die ihm geschuldete Sache für sich abschätzte, um nachher deren Werth zu condiciren. Diese Abschätzung geschah dann höchst wahrscheinlich nach denselben Regeln, welche dem Richter bei den anderen Condictionen vorgeschrieben waren; wenigstens deutet darauf die Lehre von der plus petitio, deren Folgen namentlich im vorliegenden Falle für den Kläger zu fürchten waren, wenn er die ihm geschuldete Sache höher anschlug, als ihr wahrer Werth betrug, und die Uebereinstimmung der in L. 22. D. 12. 1. für diese Schätzung vorgeschriebenen Regeln mit denjenigen, nach welchen der Richter bei der condictio triticaria den Werth der geschuldeten Sache zu bestimmen hatte [43]). Dürfte man nach dem Angeführten die Beschränkung der certi condictio auf certa pecunia numerata als erwiesen annehmen, so würde sich dieselbe unmittelbar an die durch die lex Silia eingeführte legis actio per condictionem anschließen, und wir wären zugleich zu der Annahme berechtigt, daß die certi condictio mit der im classischen Pandektenrechte so häufig vorkommenden actio certae creditae pecuniae identisch sei [44]).

II. Condictio si certum petetur [45]) heißt nach der gewöhnlichen Meinung diejenige Condiction, welche nur auf eine bestimmte Summe baares Geld geht [46]), und dann würde das certum, wodurch jedenfalls der Inhalt derselben bezeichnet werden soll, in einem engeren Sinne zu nehmen sein, als dieß in der Lehre von den Stipulationen der Fall ist, da man diesen Begriff jedenfalls auf eine bestimmte Summe baares Geld einzuschränken hätte. Und in der That befindet sich eine derartige Beschränkung des Begriffes certum auch in der Lehre von der in iure confessio [47]). Ueber das Verhältniß dieser Klage zur certi condictio sind die neueren Rechtslehrer nicht einig. Einige [48]) leugnen ihre Identität und behaupten, die condictio si certum petetur verhalte sich zur certi condictio wie die species zum genus. Die Grundlage dieser Meinung ist offenbar nur die einseitige Ansicht, daß die certi condictio auch andere res certae, außer dem baaren Gelde, zum Gegenstande gehabt habe. Wahrscheinlicher ist es anzunehmen,

---

Africanum ad L. 37. mandati et Merillius in Variantibus ex Cuiacio lib. I. c. 17. opp. tom. II. p. 198.

43) L. 3. u. 4. D. 13. 3. Vgl. Eck, de legibus damnatis Dig. cap. 1. in Meermanni thes. tom. VIII. p. 573. Gans a. a. O. S. 59—66. v. Madai, die Lehre von der Mora, §. 48, S. 312—314.

44) Die Beweise für diese Ansicht, welche auch schon von Brissonius aufgestellt worden, s. bei Heimbach l. c. §. 5. p. 16—22.

45) Dig. 12. 1. de rebus creditis, si certum petetur. Theod. C. II. 27. si certum petatur de chirographis; II. 28. si certum petatur de suffragio. Iust. Cod. 4. 2. si certum petatur. L. 1. pr. D. 13. 3. illa actione utitur, si certum petetur. Beides petatur und petetur ist richtig. Vgl. Heimbach l. c. p. 11. not. 28.

46) L. 1. pr. D. 13. 3. Vgl. Heimbach l. c. p. 10—12.

47) L. 6. pr. u. §. 1. D. de confessis. (42. 2.)

48) So Gans a. a. O. S. 36. Schilling a. a. O. Th. 2, S. 345.

daß beide Namen nur verschiedene Ausdrücke für dieselbe Klage sind, und daß beide gleichen Umfang haben und sich auf dieselben Gegenstände beziehen. Die Gründe für diese Meinung, welche auch unter den neueren Juristen[49]) bedeutende Autoritäten für sich hat, sind folgende: Ein altes Pandektenscholium zu dem Pandektentitel XII. 1. (de rebus creditis, si certum petetur, et de condictione) bezeugt, daß derselbe von der certi condictio handelt und gerade diese Klage ist es, auf welche in demselben die Worte „si certum petetur" gedeutet werden[50]). Auch spricht für diese Ansicht eine in diesen Titel eingeschaltete Stelle, welche den Umfang der certi condictio zu bezeichnen recht eigentlich bestimmt scheint[51]). In derselben Stelle wird ferner das certum peti mit der certi condictio absichtlich in Verbindung gebracht, um den Umfang derselben zu bestimmen. Die aus der certa stipulatio entstehende Klage, welche bekanntlich die certi condictio ist, wird in einer anderen Stelle desselben Pandektentitels mit den Worten illa condicticia actio, per quam certum petitur umschrieben[52]). In dem Basilikentexte[53]) wird aus L. 9. D. 12. 1. certi condictio mit *φανερὰ ἀπαίτησις* übersetzt, und derselbe Ausdruck findet sich ebendaselbst gebraucht, um die Worte actio si certum petetur[54]) und illa condicticia actio, per quam certum petitur[55]) zu übertragen. Auch bezeichnet ein Scholium des Stephanus[56]) zu L. 24. D. 12. 1. die Klage, welche condicticia actio, per quam certum petitur, im Pandektentexte genannt wird, geradezu mit den Worten *τὸν κέρτον κονδικτίκιον*, und ein anderes Pandektenscholium[57]) nennt die in L. 1. D. 13. 3. erwähnte actio si certum petetur, *τὸν παρόντα κονδικτίκιον*, und daß damit *ὁ κέρτος κονδικτίκιος* gemeint sei, ergibt das zunächst vorhergehende Scholium des Cyrillus. Nach dieser Untersuchung dürfte sich so viel als gewiß herausstellen, daß als Gegenstand der condictio si certum petetur ebenfalls ein certum angenommen werden müsse in dem Sinne, in welchem dieser Begriff in der certi condictio bestimmt wird. Wahrscheinlich ging dieser Ausdruck in beiden Klagen nur auf den Inhalt der intentio[58]) und diente, wie es scheint, gerade dazu, um die Identi-

---

49) So Donellus in comm. ad Dig. 13. 3. Hotomannus in comm. ad eundem D. titulum. Merillius in variant. ex Cuiacio lib. I. cap. 15. Noodtius in comm. ad Dig. 12. 1. in opp. tom. II. p. 272. A.

50) Basil. 23. 1. ed. Fabr. tom. III. p. 235. Vgl. auch tom. III. p. 231, 232, 233, und namentlich das Scholium des Stephanus zu Bas. 24. 1. tom. III. p. 506. Vgl. Heimbach l. c. p. 1 u. 2.

51) L. 9. pr. §. 1—3. D. 12. 1.

52) L. 24. D. 12. 1.

53) Bas. 23. 1. tom. III. p. 221.

54) Bas. 24. 8. tom. III. p. 571.

55) Bas. 23. 1. th. 24. tom. III. p. 227.

56) Bas. 23. 1. tom. III. p. 285.

57) Bas. l. c. tom. III. p. 247.

58) Auch die alten Pandektenscholien, tom. III. p. 231, 232, beziehen die Worte certum peti auf den Inhalt der intentio.

tät beider Klagen recht auffallend zu beweisen. Wahrscheinlich stammt der Ausdruck si certum petetur aus einer Titelüberschrift des prätorischen Edictes, aus welchem bekanntlich viele Rubriken in die Pandektentitel übertragen worden sind. Wenigstens deutet darauf der Umstand, daß auch der erste Theil der Ueberschrift, „de rebus creditis," dieser Quelle entnommen ist[59]). Erst seit der Aufnahme der Condictionen in das prätorische Edict scheint der Ausdruck certi condictio gewöhnlich geworden zu sein, vielleicht nur deshalb, um die unter den Titel si certum petetur gehörige Klage kürzer zu bezeichnen.

III. Condictio causa data, causa non secuta oder ob causam datorum[60]). Die Pandektenjuristen machen einen Unterschied zwischen ob rem dare und ob causam dare. Jenen Ausdruck beziehen sich auf solche Fälle, in welchen der Grund der Hingabe eine bereits eingetretene Thatsache ist[61]), diesen hingegen deuten sie auf die Fälle des Hingebens, wo der Grund desselben eine erst künftig zu erwartende Thatsache ist[62]). Das ob rem dare ist die Grundlage der condictio causa data, causa non secuta, d. h. der persönlichen Klage, welche dem, der etwas in Rücksicht eines künftig zu erfüllenden, untadelhaften Zweckes hingegeben hat, gegen den Empfänger auf Zurückgabe des Empfangenen zusteht, wenn die beabsichtigte Gegenleistung nicht erfolgt. Die Erfordernisse, unter welchen diese Klage statthaft erscheint, sind folgende: 1) Es muß von Seiten des Klägers irgend eine Leistung an den Beklagten erfolgt sein. Eine solche Leistung kann entweder in der Uebertragung des Eigenthums einer Sache (dare) oder in der Zuwendung eines anderen Vermögensvortheils bestehen. Manche neuere Rechtsgelehrten schließen von der Zahl dieser Zuwendungen die Uebernahme einer Zahlungsverbindlichkeit aus[63]), wenn gleich die Analogie der Schenkung und der Umstand, daß auch die Erwerbung von Klagerechten nach römischen Begriffen als Vermögensvermehrung betrachtet wird, und die Vergleichung der condictio indebiti und sine causa das Gegentheil lehren. Gleichgiltig ist es, in welcher Art und Weise die Zuwendung dieses Vermögensvortheils bewerkstelligt worden[64]). Wird diese

---

59) L. 1. D. 12. 1. Bas. 23. 1. tom. III. p. 234. Darauf deutet auch die Ueberschrift bei Paulus sent. rec. II. 1. de rebus creditis et iureiurando.

60) Literatur: Hugo Donellus in comm. iuris civilis lib. 14. c. 20. Duarenus in comm. ad D. de cond. causa data, causa non secuta. (12. 4.) Retes opuscul. lib. II. sect. 2 u. 3. in Meermanni thes. iur. tom. VI. p. 118. Glück, Erläuterung der Pandekten, Bd. 13, S. 1—49. C. G. Waechter doctrina de condictione causa data, causa non secuta in contractibus innominatis. Tubingae 1822.

61) L. 51. D. 12. 6. L. 65. pr. u. §. 2. D. ibid. L. 1. pr. D. 12. 5.

62) L. 51. D. 12. 6. L. 65. pr. u. §. 4. D. ibid. L. 1. pr. D. 12. 4. L. 1. pr. u. §. 1. D. 12. 5. Doch wird auch hier öfters von ob causam dare gesprochen. L. 1. §. 1 u. 2. D. 12. 7. Daher der Name condictio causa data, causa non secuta, oder cond. ob causam datorum.

63) Vergl. die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 13, S. 12—14.

64) L. 4. C. 4. 6. L. 10. D. 12. 4.

Leistung in fremdem Namen gemacht, so steht die Condiction in der Regel dem Leistenden selbst zu. Nur wenn nachgewiesen wird, daß derselbe bei der Leistung der Person, in deren Namen gezahlt wird, durch die Leistung ein Geschenk habe machen wollen, wird die Klage dieser letzteren Person gestattet[65]). 2) Die Leistung muß einer künftigen Gegenleistung halber gemacht worden sein. Daher fällt die Klage weg, wenn eine bereits vergangene Begebenheit als Grund der Leistung angegeben wird (dare ob causam), selbst dann, falls dieselbe in Wahrheit nicht eingetreten ist[66]). Gleichgiltig ist es, ob die beabsichtigte Gegenleistung in der Vornahme einer Handlung, oder in der Unterlassung einer solchen besteht[67]). Liegt der Grund der Hingabe in einer dem Leistenden im Testament auferlegten Bedingung, so findet die Klage auf Rückgabe auch dann statt, wenn der Leistende späterhin die ihm unter jener Bedingung hinterlassene Erbschaft oder andere letztwillige Zuwendung ausschlägt, oder das Testament, aus welchem die Bedingung sich herschreibt, als untergeschoben oder inofficios sich darstellt[68]). 3) Der Zweck, weshalb die Leistung gemacht wird, muß von dem Anfange der Leistung an bestimmt sein. Wer also schenkt in der Absicht, den Anderen zu einem Gegengeschenke zu bewegen, oder seine Freundschaft zu gewinnen, kann nie die Rückgabe des Geleisteten verlangen[69]). Einer ausdrücklichen Angabe der Gegenleistung bedarf es gerade nur dann, wenn die Art der Gegenleistung nicht schon aus den die Leistung begleitenden Umständen klar und deutlich hervorgeht. Dieß Letztere ist der Fall, wenn ein Brautschatz vor der Eingehung der Ehe bestellt wird; denn hier versteht sich die causa der Leistung von selbst, d. h. der zukünftige Abschluß der unter den betheiligten Personen beabsichtigten Ehe[70]). 4) Der Zweck, wozu etwas gegeben wird, muß an sich untadelhaft sein[71]). 5) Der Leistende muß an der Erfüllung der causa wenigstens einiges Interesse haben[72]). Hat derselbe gar kein Interesse an der Erfüllung, so gilt das Hingegebene als geschenkt, und die Condiction fällt hinweg. 6) Die beabsichtigte Gegenleistung muß nicht unmöglich sein[73]). Im Falle der Unmöglichkeit der Gegenleistung kommt Alles darauf an, ob der Leistende vom Anfang an von der Unmöglichkeit unterrichtet war oder nicht. Im erstgenannten Falle gilt das Hingegebene als reine Schenkung[74]); im zuletztgenannten

---

65) L. 6. pr. D. 12. 4. L. 7. pr. u. L. 9. D. ibid.
66) L. 52. D. 12. 6. L. 65. §. 2. D. ibid.
67) L. 3. pr. D. 12. 4. L. 3. C. 4. 6.
68) L. 1. §. 1. u. L. 2. D. 12. 4.
69) L. 3. §. 7. D. 12. 4. L. 7. C. 4. 6.
70) L. 6. D. 12. 4. L. 7. u. L. 9. D. ibid.
71) L. 1. pr. D. 12. 4. Sonst tritt der Gesichtspunkt der condictio ob turpem causam ein. Vgl. L. 1. §. 2. D. 12. 5. L. 4. C. 4. 7. L. 15. pr. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus. (19. 5.)
72) L. 13. §. 2. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.)
73) Auf dieß Erforderniß deutet L. 8. C. 4. 6.
74) L. 53. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 82. D. ibid. L. 47. D. de

tritt die Condiction nur dann ein, wenn nicht aus anderen Gründen hervorgeht, daß der Leistende die Leistung nicht unterlassen haben würde, wenn er von der Unmöglichkeit derselben Leistung unterrichtet gewesen wäre[75]). 7) Die beabsichtigte Gegenleistung darf nicht erfolgt sein. Dabei ist im Allgemeinen kein Unterschied, ob der Empfänger die Gegenleistung ausdrücklich verweigert[76]), oder die Unmöglichkeit der Gegenleistung durch seine eigne Schuld herbeiführt[77]), oder ob der Leistende seine Handlung bereuet, wofern nur diese Reue vorher ausgesprochen wird, ehe die Gegenleistung zu Stande kommt[78]). Dieß Reuerecht fällt indeß ausnahmsweise in folgenden Fällen weg: a) wenn die Leistung in Folge eines benannten Contractes, welcher eine eigne Contractsklage hervorbringt, vorgenommen wird[79]). Denn in diesem Falle reichen die Contractsklagen zur Auflösung des abgeschlossenen Geschäftes aus, und die condictio causa data, causa non secuta fällt sammt dem auf sie gegründeten Reuerechte hinweg. b) Wenn etwas zum Brautschatz gegeben worden ist, und die Ehe wenigstens noch zu hoffen steht[80]). c) Wenn etwas des Vergleiches halber hingegeben worden ist[81]). Denn schon die Scheu vor dem Prozesse gilt als hinlänglicher Grund zum Vergleiche[82]). d) Wenn die Gegenleistung in einer negativen Handlung besteht[83]). Der Grund davon liegt in dem Umstande, daß die beabsichtigte Gegenleistung erfüllt erscheint, so lange der Empfänger nicht die ihm verbotene Handlung vornimmt[84]). e) Wenn eine Schenkung ob causam oder sub modo vorliegt[85]). Der Grund dieser Ausnahme liegt wohl in der Unwiderruflichkeit einer unter Lebenden abgeschlossenen Schenkung. Wird die Gegenleistung durch Zufall unmöglich gemacht, so treten die von dem casus geltenden allgemeinen Grundsätze ein (siehe den Artikel Casus). Wird aber die Gegenleistung durch den Ausspruch eines Gesetzes, welches die Vornahme der beabsichtigten Handlung verbietet, unmöglich, so ist die Klage auf die Rückforderung des Gegebenen begründet, ohne Un-

---

operis libert. (38. 1.) L. 50. D. 12. 6. Vgl. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach röm. Rechte, Th. 1, S. 42.

75) L. 6. C. 4. 6. L. 5. §. 3. D. 12. 4. Vgl. Pothier, Pandectae Iustinianeae XII. 4. sectio 1. art. 1. §. 1. tom. I. p. 402.

76) L. 11. D. 12. 4. L. 3. §. 2. D. ibid. L. 2. C. 4. 6. L. 8. u. 9. C. ibid. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 23.

77) L. 5. §. 4. D. 12. 4. L. 10. u. 11. C. 4. 6.

78) L. 5. pr. D. 12. 4. L. 5. §. 2. D. ibid. L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus. (19. 5.) L. 3. §. 2 u. 3. D. 12. 4.

79) L. 12. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 8. C. de contrah. empt. (4. 38.) L. 14. C. de rescind. vendit. (4. 44.) L. 6. C. de action. empti. (4. 49.)

80) L. 8. D. 12. 4.

81) L. 65. §. 1. D. 12. 6. L. 39. C. de transactionibus. (2. 4.)

82) L. 2. C. de transact. (2. 4.) L. 1. pr. D. 12. 4. L. 3. pr. D. ibid. Vgl. Meyerfeld a. a. O. Th. 1, S. 20.

83) L. 3. pr. u. §. 1. D. 12. 4.

84) Vgl. Retes opuscul. lib. II. sect. 3. in Meermanni thes. tom. VI. p. 144.

85) L. 2. C. 4. 6. L. 6. u. L. 8. C. ibid.

terschied, ob der Leistende von diesem Vorhaben unterrichtet war oder nicht[86]). Dagegen fällt die Condiction, ohnerachtet der Nichterfüllung der Gegenleistung, in folgenden Fällen weg: wenn der Empfänger der Leistung, um das versprochene Factum zu realisiren, bereits einen dem, was er empfangen hat, gleichkommenden Aufwand gemacht hat[87]); wenn die Erfüllung des Contractes den Zufall, wodurch die Gegenleistung unmöglich geworden ist, herbeigeführt hat[88]); wenn einem Advocaten das Honorar für die Führung eines Prozesses im Voraus bezahlt worden ist und dieser vor der Beendigung des Prozesses stirbt[89]); endlich wenn der Geber selbst daran Schuld war, daß der Zweck von Seiten des Empfängers nicht erfüllt wurde. — Treffen alle diese Erfordernisse zusammen, so ist die condictio causa data, causa non secuta begründet. Sie beruht auf der Annahme eines stillschweigenden Vorbehaltes von Seiten des Gebers[90]) bei der Vornahme der Leistung, die Leistung zu revociren, falls seine Absicht nicht erreicht wird. Die Klage kann nicht allein auf Rückgabe des Hingegebenen[91]), sondern auch auf den Ersatz der fructus und partus angestellt werden[92]), und zwar nicht allein der, welche von der Zeit der erhobenen Klage an aus der Sache gezogen worden, sondern auch der, welche seit der Empfangnahme der Sache an den Empfänger gekommen sind[93]). Auf Verzugszinsen erstreckt sich die Klage schon darum nicht, weil sie eine actio stricti iuris ist; auch bestätigt sich dieß durch die Analogie anderer Condictionen[94]), die doch nur ihrem Grunde nach von der vorliegenden Klage verschieden sind. In der heutigen Praxis fällt die Klage bei den Innominatcontracten insofern weg, als sie auf das dem Leistenden zustehende Reuerecht gegründet wird. Man nimmt nämlich ganz allgemein an, daß dieß aus der Natur des Contractes herstammende Recht fernerhin nicht Anwendung leiden könne, da die nach teutschem Rechte allgemein anerkannte Verbindlichkeit aller Verträge dasselbe ausschließt[95]), während das römische Recht von der Ansicht ausgeht, daß die unbenannten Contracte nur auf Seiten dessen, welcher die Leistung angenommen hat, obligatorisch wirken und also in Betreff dessen, welcher den Contract bereits erfüllt hat, nicht einmal eine Verbindlichkeit hervorbringen.

---

86) L. 1. C. 4. 6. L. 5. C. ibid.
87) L. 5. pr. D. 12. 4.
88) L. 5. §. 3 u. 4. D. 12. 4.
89) L. 38. §. 1. D. locati. (19. 2.) L. 1. §. 13. D. de extraordinariis cognitionibus. (50. 13.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 43.
90) L. 6. pr. D. 12. 4.
91) L. 15. D. 12. 4.
92) L. 7. §. 1. D. 12. 4. L. 12. D. ibid.
93) L. 38. §. 1. D. de usuris. (22. 1.)
94) Von der condictio ob turpem causam spricht L. 4. C. de condictione ob turpem causam. (4. 7.) Von der indebiti condictio L. 1. C. de condictione indebiti. (4. 5.)
95) Vgl. Glück a. a. O. Th. 4, S. 294, u. Th. 13, S. 48.

IV. Condictio ob turpem vel iniustam causam. Beide Klagen stammen aus verschiedenen Condictionsgründen [96]), und diese Bemerkung reicht hin, um die Streitfrage zu entscheiden, ob beide Klagen von einander verschieden sind oder nicht [97]). Unter turpis causa versteht man am richtigsten wohl den Fall, wenn etwas zur Ausführung einer schändlichen oder rechtswidrigen künftigen Handlung hingegeben worden ist [98]); den Ausdruck iniusta causa hingegen versteht man von bereits ausgeführten ungerechten Handlungen, welche der Grund zur Vornahme der Leistung geworden sind [99]). Zur turpis causa rechnen die römischen Rechtsquellen folgende Fälle: wenn Jemand Geld empfängt, damit er eine durch moralische und bürgerliche Gesetze verbotene Handlung unterlasse, z. B. ne sacrilegium facias, ne hominem occidas [100]), oder damit er etwas thue, wozu er schon nach den boni mores verpflichtet ist, z. B. eine gestohlene oder geliehene Sache zurückgebe [101]). Zur Entstehung der Condiction muß aber noch ein anderer Umstand hinzutreten, daß nämlich die in der causa liegende turpitudo auf keine Weise denjenigen berührt, welcher die Leistung vorgenommen hat [102]). Denn wenn diesen allein [103]) oder zugleich mit dem Empfänger der Sache [104]) die Schande trifft, so fällt die Klage jedenfalls hinweg. Jenes ist z. B. der Fall, wenn Jemand einer Hure Geld gibt, damit sie ihn befriedige [105]); dieses, wenn Jemand dem Richter Geld gibt, um denselben für seine Sache zu gewinnen, ohne Unterschied, ob der Geber seine Sache für eine gute oder für eine schlechte hält [106]), oder einer unbescholtenen Frauensperson, damit sie ihm den Beischlaf gestatte, oder wenn er sich mit dem Ehemanne wegen eines mit dessen Ehefrau begangenen Ehebruches abfindet, oder wenn ein entdeckter Dieb Geld gibt, um die Anzeige des Verbrechens zu vermeiden [107]), oder wenn Jemand etwas hingibt, um ein öffentliches Amt zu erschleichen oder es auf rechtswidrige Art einem Anderen zu verschaffen [108]), oder

---

96) Cod. 4. 7. de condictione ob turpem causam; 4. 9. de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa.

97) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 49–51.

98) Dieß ist die Erklärung von Ranchinus, variarum lectionum lib. III. c. 8. in Ottonis thes. tom. V. p. 974.

99) Am deutlichsten sprechen für diese Meinung L. 1. pr. u. §. 2. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. (12. 5.) L. 6. u. 7. D. ibid. L. 1. §. 3. D. de condictione sine causa. (12. 7.)

100) L. 2. pr. D. 12. 5. L. 4. §. 2. D. ibid. L. 5. D. ibid.

101) L. 2. §. 1. D. 12. 5. L. 9. pr. D. ibid. L. 6. u. 7. C. 4. 7. L. 3. C. 4. 7.

102) L. 1. §. 2. D. 12. 5. L. 4. §. 2. D. ibid.

103) L. 4. §. 3. D. 12. 5.

104) L. 2. §. 2. D. 12. 5. L. 8. D. ibid. L. 2. u. 5. C. 4. 7.

105) L. 4. §. 3. D. 12. 5.

106) L. 2. §. 2. D. 12. 5. L. 3. D. ibid. L. 1. §. 3. D. de calumniatoribus. (3. 6.) L. 1. C. de poena iudicis, qui male iudicavit. (7. 49.)

107) L. 4. §. 1. D. 12. 5.

108) Vgl. Weber, systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 67, S. 241 flg.

einem Betrüger zur Vornahme unerlaubter oder abergläubischer Handlungen Geld vorschießt. Ein weiteres Erforderniß zur condictio ob turpem causam ist es, daß die Leistung, welche vorgenommen wird, nicht blos in der Abgabe eines Versprechens oder in der Ausstellung eines Schuldscheins bestehe. Denn wenn es schon gewiß ist, daß aus einem solchen Versprechen und einer solchen Schuldverschreibung überhaupt nicht geklagt werden kann[109]), so findet doch, wenn die Zahlung in Folge des vorliegenden Obligationsgrundes geleistet worden ist, weder die indebiti condictio, noch die condictio ob turpem causam statt, wofern die Schande den Versprechenden oder den Aussteller des Schuldscheins zugleich mit trifft[110]), und es bleibt nur für den vorliegenden Fall die condictio ob iniustam causam übrig, wofern die Schande den zuletztgenannten nicht berührt[111]). Die condictio ob turpem causam erstreckt sich nicht allein auf die hingegebene Sache, sondern auch auf deren Früchte und Accessionen. Zinsen vom Gegebenen können mit dieser Klage nicht eingefordert werden[112]). Dabei ist es gleichgiltig, ob die Absicht des Gebers wirklich erreicht worden ist oder nicht, da auch in dem zuerstgenannten Falle unfehlbar die Klage stattfindet[113]). — Zur iniusta causa rechnen die römischen Rechtsquellen folgende Fälle: wenn Jemand den Anderen durch Anwendung unerlaubter Gewalt zur Leistung eines Versprechens gezwungen hat und in Folge dessen die Zahlung erfolgt ist[114]); wenn Jemand etwas in Folge einer unerlaubten Schenkung besitzt[115]); wenn ein Ehegatte dem anderen etwas entfremdet, ohne die Trennung der Ehe zu beabsichtigen und die actio rerum amotarum deshalb in Wegfall kommt[116]); wenn der Besitzer im bösen Glauben Früchte aus der Sache gezogen und dieselben aufgezehrt hat[117]); wenn der Pachter nach der Beendigung des Pachtcontractes aus der ihm verpachtet gewesenen Sache gegen den Willen des Eigenthümers Früchte zieht, oder der Pfandgläubiger nach Bezahlung der Hauptschuld sich weigert, dem Pfandschuldner die aus der ihm verpfändeten Sache gezogenen Früchte herauszugeben[118]).

V. Condictio indebiti[119]) heißt die persönliche Klage, welche, im Falle eine Nichtschuld als Schuld aus einem entschuldbaren Irrthume bezahlt worden, gegen den Empfänger des Gezahlten

---

109) L. 1. C. 4. 7. L. 5. C. ibid.
110) L. 5. C. 4. 7. L. 8. D. 12. 5.
111) L. 6. u. L. 7. D. 12. 5. Vgl. Pothier, Pandectae Iustinianeae XII. 5. art. II. tom. I. p. 408.
112) L. 4. C. 4. 7.
113) L. 4. C. 4. 7. L. 1. §. 2. D. 12. 5.
114) L. 7. D. 12. 5.
115) L. 6. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.)
116) L. 25. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)
117) L. 3. C. 4. 9.
118) L. 4. §. 1. D. 12. 1.
119) Literatur: Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XII. tit. 6. tom. I. p. 408—419. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 69—182. Sell, de condictionibus quaestiones duae. Darmstadii 1834. 8.

oder dessen Erben angestellt wird, um dieselben zu zwingen, das Empfangene, insoweit sie dadurch reicher geworden sind, dem Kläger zu vergüten. Die Grundlage dieser Condiction ist die natürliche Billigkeit[120]), und wenn man überhaupt die mutui datio zu Hilfe nahm, um die Wirkungen der Annahme einer Nichtschuld zu erklären, so geschah dieß nur, um die Annahme eines Quasicontractes für diesen Fall zu erklären[121]). Die Erfordernisse, unter welchen allein die condictio indebiti denkbar ist, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Es muß irgend eine Leistung erfolgt sein. Die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses ergibt sich schon aus dem Begriffe des Quasicontractes. Dabei ist es gleichgiltig, ob diese Leistung in einer Geldzahlung, oder in der Hingabe einer nicht vertretbaren Sache bestand; selbst wenn ein Factum geleistet worden ist, findet die Condiction statt[122]); ingleichen wenn Jemand aus Irrthum eine fremde Verbindlichkeit übernommen[123]), oder dem Anderen eine Verbindlichkeit erlassen[124]), oder sich sonst eines Rechtes begeben hat in der Meinung, als ob er dazu gehalten wäre[125]). 2) In der vorliegenden Leistung muß eine Nichtschuld enthalten sein. Unter dem Begriffe Nichtschuld (indebitum, auch non debitum) versteht man Alles, was zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet oder geschehen ist, welche entweder gar nicht vorhanden, oder nach den Gesetzen ungiltig oder unwirksam war[126]). Zur genaueren Bestimmung dieses Begriffes wird es nöthig sein, die Fälle des indebitum, welche die römischen Rechtsquellen anerkennen, genauer zu untersuchen und zugleich zu bestimmen, in welchen Fällen ein solches nicht als vorhanden angenommen werden darf. Eine Nichtschuld liegt nach den Zeugnissen der classischen Pandektenjuristen vor, wenn die Zahlung aus der Annahme eines Grundes erfolgt, welcher nie existirt hat[127]); wenn der angenommene Grund zwar existirt hat, aber entweder vom Anfang an juristisch nicht für giltig angesehen werden kann[128]), oder durch einen später hinzutretenden Umstand als unwirksam sich herausstellt[129]); wenn die Suspensivbedingung, von deren

---

120) L. 66. D. 12. 6. L. 15. pr. D. ibid.

121) L. 5. §. 3. D. de obligat. et act. (44. 7.) Caius inst. III. §. 91. §. 6. J. de obligationibus, quae quasi ex contractu. (3. 28.) §. 1. J. quibus modis re. (3. 15.)

122) L. 26. §. 12. D. 12. 6. L. 40. §. 2. D. ibid.

123) L. 31. D. 12. 6. L. 1. pr. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.) L. 3. C. de condictione indebiti. (4. 5.)

124) L. 39. D. 12. 6.

125) L. 22. §. 1. D. 12. 6.

126) L. 26. §. 3. D. 12. 6. L. 54. u. L. 65. §. 9. D. ibid.

127) L. 22. pr. D. 12. 6.

128) L. 54. D. 12. 6. Dahin gehört die Auszahlung von Vermächtnissen, welche durch eine spätere Verfügung des Erblassers vernichtet worden sind, oder aus einem testamentum falsum, inofficiosum, ruptum, oder irritum (L. 7. C. 4. 5. L. 2. §. 1. D. 12. 6.), die Bezahlung von Zinsen, welche den gesetzlichen Zinsfuß übersteigen (L. 26. §. 1. D. 12. 6.). Andere hierher gehörige Fälle enthalten L. 37. D. 12. 6. L. 58. D. ibid.

129) L. 48. D. 12. 6. L. 25. D. ibid. L. 59. D. ibid. Vgl. L. 19. §. 4. D. 12. 6. L. 20. L. 21. D. ibid.

Erfüllung eine Obligation abhängt, noch nicht in Erfüllung gegangen ist[130]); wenn der der Obligation hinzugefügte dies incertus noch nicht gekommen ist[131]); wenn die Obligation, aus welcher die Zahlung erfolgte, zwar dem strengen Rechte nach noch fortbestand, aber durch eine ihr entgegenstehende perpetua exceptio in eine obligatio inefficax verwandelt werden konnte[132]); wenn die Bezahlung an einen Anderen, anstatt des wirklichen Gläubigers, geschieht[133]); wenn Jemand das, was ein Anderer schuldet, an dessen Gläubiger in der Meinung bezahlt, er selbst schulde es[134]); wenn ein anderer Gegenstand, als welcher geschuldet ist, gezahlt wird[135]); wenn der Quantität nach mehr gezahlt wird, als die Schuld beträgt[136]); wenn man von einem zustehenden Abzugsrechte bei der Zahlung keinen Gebrauch macht[137]), oder es verabsäumt, eine zuständige Cautionsforderung geltend zu machen[138]), und wenn ein Pupill oder ein erklärter Verschwender ohne Einwilligung seines Vormundes Zahlung leistet[139]). Auch bei alternativen Obligationen wird ein indebitum angenommen, wenn beide Gegenstände der Obligation zugleich oder nach einander geleistet werden. Hier war es zur Zeit der classischen Juristen streitig, ob der Gläubiger die Wahl unter den ihm ausgeantworteten Gegenständen habe, oder ob der Schuldner sein ihm früherhin in Betreff der Leistung zustehendes Wahlrecht auch auf die anzustellende indebiti condictio übertragen könne? Celsus und Ulpian entschieden sich für das Wahlrecht des Gläubigers, Julianus und Papinianus für das des Schuldners. Diese Controverse ist von Justinian in einer besonderen Constitution nach der Meinung der zuletzt genann-

---

130) L. 48. D. 12. 6. L. 16. D. ibid. Ausgenommen ist der Fall der sogenannten conditio necessaria (L. 17. u. 18. D. 12. 6.), und der Fall, wenn der Zahlende, im Fall die Bedingung wegfällt, aus einem anderen Grunde eine gleiche Summe schuldet (L. 60. §. 1. D. 12. 6.).

131) L. 16. §. 1. D. 12. 6.

132) L. 26. §. 3 u. 7. D. 12. 6. L. 40. pr. u. §. 2. D. ibid. L. 43. D. ibid. Von der exceptio competentiae gilt dieß nicht (L. 8. u. 9. D. 12. 6.), eben so wenig von den Temporalexceptionen (L. 56. D. 12. 6.) und selbst von den perpetuae exceptiones sind die, welche nur um den Gläubiger zu beeinträchtigen, nicht aus bloßer Begünstigung des Beklagten eingeführt sind, wie z. B. die exceptio SC. Macedoniani, von jener Regel ausgenommen. Vgl. L. 40. pr. D. 12. 6. L. 19. D. ibid.

133) L. 65. §. 9. D. 12. 6. Dahin gehört der Fall, wenn die Zahlung an den falsus procurator (L. 8. C. 4. 5.), oder an den falsus heres, oder bonorum possessor (L. 26. §. 11. D. 12. 6.) geschieht.

134) L. 19. §. 1. D. 12. 6. L. 5. C. 4. 5. Vorausgesetzt wird dabei, daß die Zahlung im eignen Namen gemacht wird. Denn geschah sie im Namen des wahren Schuldners von einem Fremden, so kann der letztere das Gezahlte nicht condiciren. L. 11. D. 12. 6. L. 44. D. ibid.

135) L. 19. §. 3. D. 12. 6.

136) L. 1. §. 1. C. 4. 5. L. 22. §. 1. D. 12. 6. In diesem Falle bildet natürlich nur der Mehrbetrag den Gegenstand der Rückforderung.

137) L. 40. §. 1. D. 12. 6. L. 45. D. ibid.

138) L. 39. D. 12. 6.

139) L. 29. D. 12. 6.

ten Juristen entschieden worden[140]). Freilich leidet diese Entscheidung nur dann Anwendung, wenn die beiden alternativ geschuldeten Gegenstände nach der Ausantwortung noch in Natur vorhanden sind; denn wenn auch nur einer bereits untergegangen ist, so findet eine condictio indebiti überall nicht statt[141]). Besteht der eine Theil der alternativen Obligation in einer Summe baaren Geldes, so kann, wenn der Schuldner nur einen Theil derselben erlegt, die Condiction deshalb nicht sofort angestellt werden, weil es noch ungewiß ist, ob der Schuldner den Rest der Geldsumme, oder den anderen Gegenstand der Obligation leisten werde. Im ersten Falle findet natürlich gar keine Condiction statt, weil das früher und später Gezahlte zusammengerechnet wird; im letzten hingegen gilt das früher Gezahlte als indebitum und kann dann condicirt werden[142]). Ausgeschieden vom Begriffe des indebitum wird Alles, was nicht allein auf einer civilrechtlichen oder prätorischen Verbindlichkeit beruht, sondern auch was sich auf eine naturalis obligatio gründet[143]), und gerade die Unmöglichkeit der Zurückforderung, falls der Gegenstand der Obligation geleistet worden, bildet das Wesen der naturalis obligatio[144]). Den wahren Naturalobligationen wird in dieser Rücksicht von den classischen Juristen der Fall gleichgesetzt, wenn die Zahlung vor dem Eintritte des der Obligation hinzugefügten dies certus erfolgt[145]), da auch hier die Condiction nicht gestattet wird. 3) Es muß ein Irrthum von Seiten desjenigen, welcher die Leistung gemacht hat, vorliegen. Es ergibt sich dieß theils aus der Zusammenstellung des Irrthums mit dem indebitum solutum in fast allen Gesetzen der Pandekten und des Codex, welche von der condictio handeln[146]), theils aus dem Grundsatze, daß wer freiwillig und wissentlich ein indebitum bezahlt, keinen Anspruch auf die Condiction hat[147]), da von ihm angenommen wird, er habe den Betrag der Nichtschuld dem Empfänger schenken wollen[148]). Daß ferner die-

---

140) L. 10. C. 4. 5. Spuren dieser Controverse finden sich in L. 26. §. 13. D. 12. 6.

141) L. 32. pr. D. 12. 6.

142) L. 26. §. 13. D. 12. 6.

143) L. 26. §. 12. D. 12. 6. L. 51. L. 38. §. 1 u. 2. L. 64. L. 13. pr. u. §. 1. L. 14. u. L. 41. D. ibid.

144) L. 6. u. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 10. D. 44. 7. L. 3. §. 7. D. quod quisque iuris. (2. 2.) L. 13. pr. D. 12. 6. u. L. 41. D. ibid. L. 94. §. 3. D. de solutionibus. (46. 3.) Theoph. inst. III. 20. §. 1. ed. Reitz tom. II. p. 663.

145) L. 10. D. 12. 6. L. 19. §. 6. D. locati conducti. (19. 2.)

146) Auch von per imprudentiam solvere ist in dieser Beziehung die Rede in L. 32. §. 1. D. 12. 6.; von ignorans L. 1. §. 1. D. 12. 6. Vgl. Pothier, Pandectae Iustinianeae lib. XII. tit. 6. art. II. sect. I. §. 3. tom. I. p. 414.

147) L. 1. §. 1. D. 12. 6. L. 24. L. 26. §. 3 u. 8. D. ibid. L. 9. pr. C. 4. 5. L. 50. D. 46. 3. L. 7. §. 2. D. pro emptore. (41. 4.) L. 53. D. de diversis r. i. (50. 17.) Dasselbe gilt von indebite geleisteten Versprechen L. 62. D. 12. 6.

148) L. 7. §. 2. D. 41. 4. L. 53. D. 50. 17.

ser Irrthum geradezu das indebitum betroffen haben und für den Leistenden die Veranlassung zur Leistung geworden sein müsse, ergibt sich nicht allein aus einer Reihe von Zeugnissen der classischen Pandektenjuristen [149]), sondern auch aus dem Umstande, daß bei der indebiti solutio die Absicht des Leistenden bei der Leistung auf das distrahere obligationem gerichtet sein muß [150]). Damit hängt es zusammen, daß, wenn der Leistende bei der Zahlung für den Fall, daß das Gezahlte später als indebitum sich herausstellen sollte, sich die Rückzahlung ausdrücklich vorbehält [151]), oder überhaupt incerto animo die Leistung vornimmt, die condictio indebiti begründet erscheint [152]). Das Erforderniß des Irrthums fällt indeß natürlich in dem Falle weg, wo schon die Persönlichkeit des Leistenden die Möglichkeit des Irrthums ausschließt, z. B. wenn ein Pupill oder ein erklärter Verschwender ohne Einwilligung seine Vormundes eine Zahlung leistet [153]). 4) Der Irrthum, welcher von Seiten des Zahlenden stattfindet, muß entschuldbar sein. Der gewöhnlichste Fall des entschuldbaren Irrthums ist der error oder die ignorantia facti [154]), natürlich mit Ausnahme des error facti proprii [155]). Error oder ignorantia iuris entschuldigen gewöhnlich nicht [156]); selbst die Frauen sind in dieser Beziehung vor den Männern nicht begünstigt [157]), und nur dann können sie sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen, wenn es sich um ein Rechtsverhältniß handelt, in welchem sie ausdrücklich durch das Gesetz bevorzugt worden sind, wie bei Intercessionen [158]). Nur bei Minderjährigen [159]) machen die römischen Rechtsquellen eine allgemeine Ausnahme in Betreff der Rechtsunwissenheit; denn diese können sich stets damit entschuldigen. Streitig ist es, ob auch Soldaten in Betreff des Indebitum gleich den Minderjährigen bevorzugt sind. Allerdings spricht zu ihren Gunsten

---

149) L. 26. §. 12. D. 12. 6. L. 19. §. 1 u. 3. L. 65. §. 9. L. 32. §. 2. L. 26. §. 2. D. ibid. L. 10. C. 4. 5. etc.

150) Caius inst. III. §. 91. §. 1. J. 3. 15. §. 6. J. 3. 28.

151) L. 2. pr. D. 12. 6.

152) L. 11. C. 4. 5.

153) L. 29. D. 12. 6.

154) L. 22. pr. D. 12. 6. L. 10. C. de iuris et facti ignor. (1. 18.) L. 6. u. 7. C. 4. 5.

155) L. 1. §. 2—4 D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.) L. 3. L. 5. u. 6. D. ibid. Vgl. Schilling, Lehrbuch für Institutionen u. Geschichte des röm. Rechtes, Th. II, S. 266.

156) L. 10. C. 1. 18. L. 9. pr. u. §. 5. D. 22. 6. L. 9. C. ad legem Falcidiam. (6. 50.)

157) Arg. L. 10. C. 1. 18. vergl. mit L. 9. pr. D. 22. 6. L. 13. C. 1. 18. Vgl. zur Erklärung derselben Mühlenbruch, über iuris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 2, S. 441. Anderer Meinung ist Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 132—134.

158) L. 9. C. ad SC. Velleianum. (4. 29.)

159) L. 7. §. 6. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 11. C. 1. 18. vergl. mit L. 2. C. si adversus solutionem. (2. 33.) L. 9. pr. D. 22. 6. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 2, S. 439—440.

kein ausdrückliches Quellenzeugniß, doch wird gewöhnlich angenommen, daß sie in Bezug auf die Rechtsunwissenheit den Minderjährigen gleichstehen [160]). Freilich versteht sich bei der Lehre von dem Einflusse des Rechtsirrthums auf das indebitum solutum aus den allgemeinen Principien über den Irrthum von selbst, daß er nur dann die Condiction ausschließt, wenn er überhaupt unvermeidlich war, d. h. wenn er unter Umständen stattfand, welche dem Irrenden die Möglichkeit benahmen, einige Rechtsbelehrung zu erhalten [161]). 5) Der Beklagte muß durch den Empfang der Leistung bereichert worden sein. Denn die Klage gründet sich auf den allgemeinen Satz, daß sich Niemand zum Schaden des Anderen bereichern dürfe [162]), und findet natürlich auch nur insoweit statt, als diese Bereicherung in der That erfolgt ist [163]). Zum Beweise des Gesagten läßt sich auch der Umstand benutzen, daß die Rückerstattung der aus der Sache gezogenen Früchte auf die Grundsätze der bona fides [164]) zurückgeführt wird; daß ferner, wenn bei alternativen Obligationen beide Gegenstände der Leistung indebite hingegeben worden sind, und der eine nach der Hingabe zu Grunde geht, der andere nicht zurückverlangt werden kann [165]); daß, wenn über geschuldete Alimente ohne Einwilligung des Prätors ein Vergleich geschlossen und in Folge desselben etwas gezahlt worden, die Rückforderung des Gezahlten nur insoweit möglich ist, als der Beklagte reicher geworden ist [166]); daß wenn nach Auszahlung der Legate die Erbschaft aus einem unerwarteten Grunde evincirt wird, die indebiti condictio gegen die Legatarien nur insoweit zulässig ist, als dieselben durch die Annahme der Legate reicher geworden sind [167]), und daß endlich der Betrag dessen, was zu restituiren ist, in dieser Klage nicht sowohl nach dem Verluste des Klägers, als nach dem Interesse des Beklagten beurtheilt wird [168]). Anders verhält es sich freilich, wenn der Empfänger der Zahlung nach dem Empfange erfahren hat, daß das Gezahlte eine Nichtschuld sei und des Besitzes desselben sich arglistig entäußert hat. Denn von dieser Nachricht an haftet er zweifelsohne für das Ganze, da eines Theils die Grundsätze, welche von der condictio furtiva gelten, dieß erheischen, anderen Theils seine Arglist ihm nicht zum Nutzen

---

160) L. 9. §. 1. D. 22. 6. Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 129—131. Richtiger urtheilt Mühlenbruch a. a. O. im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2, S. 445—447.

161) L. 9. §. 3. D. 22. 6. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. im Archiv für civil. Praxis, Th. 2, S. 383.

162) L. 14. D. 12. 6. L. 65. §. 8. D. ibid. Vgl. Sell de condictionibus quaestiones duae (Darmstadii 1834), p. 126—146.

163) L. 65. §. 5—8. D. 12. 6. L. 26. §. 12. D. ibid. Vgl. L. 38. §. 2. D. de usuris (22. 1.) u. Sell l. c. p. 126—146.

164) L. 15. pr. D. 12. 6. Vgl. Sell l. c. p. 128—132.

165) L. 32. pr. D. 12. 6.

166) L. 8. §. 22. D. de transactionibus. (2. 15.)

167) L. 47. §. 1. D. de solutionibus. (46. 3.)

168) L. 3. D. 12. 6.

gereichen darf[169]). Andere Rechtsgelehrten behaupten, daß bei der condictio indebiti Alles, was hingegeben worden, restituirt werden müsse, und noch andere beschränken diese Nothwendigkeit auf den Fall, wenn das indebitum in einer Summe vertretbarer Sachen besteht, während sie in allen anderen Fällen die Wahrheit der oben vertheidigten Meinung anerkennen[170]). 6) Der, welcher die Leistung angenommen hat, muß bei Annahme derselben im Irrthume befangen gewesen sein. Dieses Erforderniß, welches von manchen neueren Rechtsgelehrten in Abrede gestellt wird[171]), ergibt sich aus dem Grundsatze des römischen Rechtes, daß, wer wissentlich eine Nichtschuld einräumt, als Dieb zu behandeln ist[172]), mithin nicht das Eigenthum der empfangenen Sache erhalte[173]), in Verbindung mit der ebenfalls in den römischen Rechtsquellen ausgesprochenen Idee, daß die condictio indebiti überhaupt nur dann stattfindet, wenn das Eigenthum der als Nichtschuld hingegebenen Sache auf den Empfänger derselben übertragen worden ist[174]). Zwar behaupten diejenigen, welche das oben angegebene Erforderniß ableugnen, daß auch in dem Falle, wenn Jemand ein indebitum wissentlich annimmt, die indebiti condictio stattfinde und mit der condictio furtiva concurrire. Allein die Stellen des römischen Rechtes, auf welche man sich zum Beweise dieser Behauptung beruft, sprechen nicht vom Concurse beider Klagen[175]), und außerdem steht dieser Ansicht zweifelsohne der Grundsatz entgegen, daß Niemand die ihm eigenthümlich angehörige Sache, außer im Falle des Diebstahls, condiciren könne[176]). Fragt man, wem die condictio indebiti zusteht, so muß die Antwort so lauten, daß die Klage in der Regel demjenigen, in dessen Namen die Zahlung erfolgt ist, gestattet werde, nicht dem, welcher sie im fremden Namen geleistet hat[177]). Und dabei ist es gleichgiltig, ob die gezahlten Geldstücken dem, welcher die Zahlung geleistet hat, wirklich angehören oder nicht[178]). Nur ausnahmsweise wird die Klage auch dem gestattet, welcher im fremden Namen die Leistung vorgenommen hat, nämlich,

---

169) Vgl. L. 26. u. 27. D. de dolo malo. (4. 3.)

170) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Sell l. c. p. 126—128.

171) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 13, S. 74 flg., und Sell, de condictionibus quaestiones duae p. 3—8.

172) L. 18. D. de cond. furt. (13. 1.) L. 38. §. 1. D. de solut. et liberat. (46. 3.) L. 43. pr. D. de furtis. (47. 2.) L. 80. §. 5 u. 6. D. ibid. Zwar behauptet Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, S. 95, daß dieser Grundsatz nur dann eintrete, wenn der Zahlende in der Person des Empfängers sich irrt. S. dagegen Sell l. c. p. 98—117.

173) L. 43. pr. D. 47. 2. L. 48. §. 1. D. 46. 3.

174) L. 53. D. 12. 6. L. 9. D. de iure dotium. (23. 3.) Vgl. Sell l. c. p. 73 sq.

175) L. 37. D. 12. 6. L. 65. §. 8. D. ibid. Vgl. Sell l. c. p. 42—57.

176) Caius inst. IV. §. 4. §. 14 u. 15. J. de actionibus. (4. 6.)

177) L. 57. D. 12. 6. L. 6. §. 3. D. ibid. L. 46. D. ibid. L. 6. C. 4. 5. Vgl. L. 53. D. 12. 6.

178) L. 6. §. 3. D. 12. 6. L. 47. D. ibid.

wenn der procurator in rem suam als solcher eine Zahlung leistet[179]), und überhaupt dann, wenn dem, der im fremden Namen zahlt, kein anderes Mittel, kein anderer Weg zur Entschädigung offen steht[180]). Manchmal trifft es sich, daß die Condiction weder dem, welcher die Zahlung geleistet hat, noch dem, in dessen Namen sie geleistet worden ist, sondern einem Dritten zusteht. Im Falle des testamentum falsum, inofficiosum, ruptum können die vom Testamentserben ausgezahlten Vermächtnisse nur von dem, welcher nach der Beendigung des Prozesses als wahrer Erbe sich herausstellt, mit unserer Klage zurückgefordert werden[181]). Auch wenn der Vormund eines Unmündigen aus der dem letzteren angehörigen Erbschaft, gegen die derselbe später Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhält oder von welcher er sich abstinirt, Vermächtnisse bezahlt hat, kann im ersten Falle nur der nächste Erbe, im zweiten die Masse der Erbschaftsgläubiger in Betreff der gezahlten Vermächtnisse die condictio indebiti brauchen[182]). — Beklagt wird in der Regel nur der, an welchen die Zahlung geleistet worden ist; nicht der, welchem sie zum Nutzen gereicht[183]). Als Empfänger der Zahlung wird aber nicht der betrachtet, an welchen sie geleistet worden ist, sondern vielmehr der, auf dessen Befehl dieselbe an den Dritten erfolgt ist[184]), und dem Befehle wird es in der Wirkung gleichgesetzt, wenn die Zahlung an den adiectus solutionis causa[185]) geleistet wird, oder der Geschäftsherr späterhin die an den procurator oder negotiorum gestor geleistete Zahlung genehmigt[186]). — Der Zweck der Klage ist Wiedererstattung Alles dessen, was der Beklagte indebite empfangen hat, insoweit er durch den Empfang bereichert worden ist. In der Regel muß die hingegebene Sache selbst zurückgegeben werden[187]). Falls bei der Uebertragung des Besitzes an den Empfänger eine Beschränkung von Seiten des Gebers stattfand, erfolgt die Rückgabe der Sache natürlich unter gleicher Beschränkung[188]). Bei vertretbaren Sachen versteht es sich von selbst, daß sie durch andere Sachen gleicher Gattung und Qualität vollkommen ersetzt werden[189]). War ein Factum Gegenstand der indebite erfolgten Leistung, so wird der Werth desselben zu Gelde angeschlagen[190]). Falls

---

179) L. 67. §. 2. D. 12. 6.
180) L. 53. D. 12. 6. L. 67. §. 1. D. ibid. L. 6. pr. D. ibid.
181) L. 2. §. 2. D. 12. 6. L. 3. u. 4. D. ibid. Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 72 flg.
182) L. 5. D. 12. 6. L. 61. D. ibid.
183) L. 49. D. 12. 6. L. 47. §. 1. D. ibid. L. 6. §. 1 u. 2. D. ibid.
184) L. 2. C. 4. 5.
185) L. 34. pr. D. 46. 3.
186) L. 57. §. 1. D. 12. 6. L. 6. §. 1 u. 2. D. ibid. L. 14. D. 12. 4.
187) L. 7. D. 12. 6. L. 65. §. 6. D. ibid. L. 26. §. 12. D. ibid.
188) L. 15. §. 1. D. 12. 6.
189) L. 65. §. 6. D. 12. 6. L. 19. §. 2. D. ibid.
190) L. 26. §. 12. D. 12. 6. L. 40. §. 2. D. ibid. Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 155.

die Leistung in der Uebernahme einer Obligation oder im Erlasse eines zustehenden Rechtes besteht, geht die Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, also im ersten Falle auf Quittung über die indebite übernommene Obligation[191]), im zweiten auf Wiederherstellung des erlassenen Rechtes[192]). Im zuerst genannten Falle steht dem Leistenden auch der Weg der Exception offen; es wird ihm nämlich, wenn er aus der indebite übernommenen Obligation auf Erfüllung des Versprochenen belangt wird, die exceptio doli mali gegen des Gegners Klage gestattet, wodurch er ihre Abweisung erzwingt[193]). Liegt eine Nichtschuld der Art vor, daß Jemand auf eine wirkliche Schuld aus Irrthum mehr, als er schuldete, bezahlt hat, so ist in der Regel nur das Mehrgezahlte Gegenstand der Rückgabe[194]), und falls dabei aliud pro alio geleistet worden, kann in der Regel der ganze Gegenstand der Leistung zurückgefordert werden, und dem Empfänger wird nur ein Retentionsrecht an demselben wegen der ihm wirklich geschuldeten Summe zugestanden[195]). Außer der hingegebenen Hauptsache kommen auch die von der Zeit der Leistung an gezogenen Früchte und die partus, natürlich nach Abzug der zur Erzeugung derselben vom Empfänger aufgewendeten Unkosten, bei der Restitution in Betracht[196]). Zinsen von indebite gezahlten Capitalien können aber nie verlangt werden[197]). Der Grund dieser Eigenthümlichkeit ist bestritten[198]). Manche nehmen an, daß die Zinsenforderung deshalb nicht in Betracht komme, weil dieß im vorliegenden Falle nur Verzugszinsen sein könnten und diese nur bei den bonae fidei actiones berücksichtigt werden, und gerade diese behaupten, daß diese Beschränkung der Condiction heutzutage nicht beachtet werden könne, da alle Klagen nach den Grundsätzen der bonae fidei iudicia behandelt würden[199]). Andere erblicken mit Giphanius den Grund dieser Eigenthümlichkeit in dem Satze, daß Niemand sich zum Schaden des Anderen bereichern dürfe, und behaupten, daß es den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit entspreche, nicht mehr zurückzuverlangen, als hingegeben worden. Die heutige Anwendbarkeit der Vorschrift läßt sich um so weniger bezweifeln, da sie auch den Gerichtsbrauch für sich hat. Nur in zwei Fällen gestattet man gewöhnlich eine Ausnahme; erstens, wenn der Beklagte von den indebite empfangenen Geldern selbst Zinsen ge-

---

191) L. 1. pr. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.) L. 31. D. 12. 6. L. 3. C. 4. 5. L. 5. §. 1. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.) L. 2. §. 3 u. 4. D. de donationibus. (39. 5.)

192) L. 39. D. 12. 6. L. 22. §. 1. D. ibid.

193) L. 5. §. 1. D. 19. 1. L. 2. §. 3 u. 4. D. 39. 5. L. 3. C. 4. 5.

194) L. 26. §. 4—6. D. 12. 6.

195) L. 26. §. 4. D. 12. 6.

196) L. 15. pr. D. 12. 6. L. 65. §. 5. D. ibid. L. 38. §. 2. D. 22. 1.

197) L. 1. §. 1. C. 4. 5.

198) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Glück a. a. O. Th. 13, S. 156—158.

199) So Hommel, Quistorp, Kind, Becmann, Cocceii.

zogen hat, und zweitens, wenn dem Beklagten bei der Wiedererstattung des gezahlten Geldes ein ungebührlicher Verzug zur Last fällt. Indeß sind auch diese Ausnahmen von den besseren Rechtslehrern verworfen worden[200]). — Was den Beweis der Klage anbetrifft, so ist nach den allgemeinen Regeln vom Beweise nicht zu bezweifeln, daß dieser in der Regel von dem Kläger zu führen ist. Es treten indeß dabei zu Gunsten gewisser privilegirter Personen und als Strafe des muthwilligen Ableugnens des Klaggrundes gewisse gesetzliche Verfügungen ein, welche sich am besten nach Anleitung des Paulus[201]) auf folgende Weise darstellen lassen. Besteht das indebitum in einer Zahlung oder in der Eigenthumsübertragung einer Sache außer baarem Gelde, so hat der Kläger, falls die Leistung geleugnet wird, jedenfalls den Beweis der Leistung zu führen. Ist aber dieser Beweis einmal geführt, so wird zur Strafe des Leugnenden angenommen, daß die Leistung ein indebitum enthalte; mithin muß der Beklagte den Gegenstand herausgeben, er könnte und wollte denn beweisen, daß das Gezahlte ihm wirklich geschuldet gewesen. Räumt hingegen der Beklagte gleich von Anfang an die Zahlung ein, widerspricht er aber dem angeblichen Irrthume oder leugnet er, daß die Zahlung indebite geschehen sei, so spricht die Vermuthung gegen den Kläger und dieser muß, um eine Condemnation des Beklagten zu erwirken, nicht allein den Beweis davon übernehmen, daß das Gezahlte eine Nichtschuld sei, sondern auch davon, daß er bei der Zahlung im Irrthume sich befunden habe. Nur wenn der Kläger zu den Personen gehört, bei welchen Unkunde des Rechtes und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens vermuthet wird, z. B. bei Minderjährigen, Fremden, Soldaten, Bauern u. s. w., so wird derselbe mit dem Beweise der Nichtschuld verschont, und es muß vielmehr der Empfänger der Zahlung beweisen, daß er das an ihn Bezahlte wirklich zu fordern gehabt habe, und wenn er dieß nicht beweisen kann, das Gezahlte sofort zurückgeben. Nur in folgenden Fällen muß der Kläger stets zur Begründung seiner Klage den Beweis übernehmen, daß das Gezahlte ein indebitum sei: wenn er behauptet, daß nicht die ganze Summe, sondern nur ein Theil derselben indebite bezahlt worden, oder daß er zwar ehemals schuldig gewesen, allein aus Unwissenheit, daß die Schuld getilgt sei, noch einmal bezahlt habe, oder endlich, daß er etwas bezahlt habe, dessen Leistung er durch eine dauernde Einrede hätte abweisen können. Ist aber noch keine Zahlung geschehen, sondern nur ein Schuldschein ausgestellt worden, ohne weitere Angabe des Obligationsgrundes, aus welchem die Schuld herstammt, so hat derjenige, welcher den Schuldschein empfangen, den Beweis zu führen, daß die im Schuldscheine angegebene Summe wirklich geschuldet

---

200) Siehe Voetius comment. ad Pand. XII. 6. §. 12. in fin., und Glück a. a. O. Th. 13, S. 159—165.

201) L. 25. pr. §. 1 u. 2. D. de probationibus. (22. 3.) Cuiacius observ. XXI. 26. erklärt dieß Fragment für ein Einschiebsel Tribonian's, und ihm folgen Merillius, Schulting, Wissenbach, Faber u. A. Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 111—122.

sei; hat aber der Aussteller den Obligationsgrund, aus welchem die Schuld herrührt, im Schuldscheine wirklich angegeben, so hat es bei diesem seinen Geständnisse sein Bewenden, er wollte und könnte denn durch Urkunden bis zur Evidenz darthun, daß das Versprochene eine Nichtschuld sei. — Die condictio indebiti fällt in folgenden Fällen weg: a) wenn Jemand wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, auf deren Ableugnung die Strafe des Doppelten steht, und das Einfache bezahlt, ohne es wirklich schuldig zu sein[202]). In dieser Beziehung hatten die alten Juristen die Rechtsregel aufgestellt: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse. Die Fälle, in welchen diese Strafe des muthwilligen Ableugnens eintrat, sind nach dem älteren Rechte folgende: in der actio iudicati depensi, bei der widerrechtlichen Beschädigung, bei dem legatum per damnationem, wenn der Gegenstand des Legates eine res certa ist, endlich, wenn der Verkäufer den Käufer beim Verkaufe im Maße des verkauften Landes betrogen hat[203]). Im Justinianischen Rechte ist der größte Theil dieser Fälle verschwunden, und nur im Fall der widerrechtlichen Beschädigung ist diese Eigenthümlichkeit noch beibehalten worden, und dazu fügte Kaiser Justinian noch den Fall der Vermächtnisse hinzu, welche Kirchen und milden Stiftungen hinterlassen sind, ohne Unterschied, ob es Legate oder Fideicommisse sind, und ob das Vermächtniß in einer res certa oder incerta besteht[204]). Ueber den Grund dieser Ausnahme ist man im Unklaren. Manche neuere Rechtsgelehrte erklären diese Erscheinung durch die Annahme, daß im vorliegenden Falle die Absicht sich zu vergleichen (animus transigendi) von Seiten des Zahlenden zu vermuthen sei[205]), und gerade von Vergleichen gelte die Regel, daß sie nicht wegen eines einseitigen, die Existenz der Schuld betreffenden Irrthums angefochten werden können. Streitig ist es, ob diese Ausnahme noch heutzutage gelte. Glück und Thibaut nehmen an, daß die condictio indebiti in allen Fällen angestellt werden könne, in welchen auf der Ableugnung des Klaggrundes nach Justinianischem Rechte die Strafe des

---

202) §. 7. J. de obligationibus, quae quasi ex contractu. (3. 28.) L. 4. C. 4. 5. Vgl. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechtes (2. Ausg.), Th. 2, S. 135—137, und Glück a. a. O. Th. 13, S. 94 flg.

203) Caius inst. IV. §. 9. §. 171. III. §. 127, 216. II. §. 282. Paullus sent. rec. I. 19. §. 1. Aus den Justinianischen Rechtsquellen gehören hierher §. 7. J. 3. 28. §. 19. J. de actionibus. (4. 6.) §. 26. J. ibid. §. 1. J. de poenis temere litigantium. (4. 16.) L. 23. §. 10. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.) L. 20. §. 4. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 9. §. 2. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 1. §. 4. D. de his, qui effuderint. (9. 3.) L. 5. §. 2. D. de servo corrupto. (11. 3.) L. 30. pr. D. de iureiurando. (12. 2.)

204) §. 7. J. 3. 28. §. 26. J. 4. 6. Vgl. L. 46. §. 7. C. de episcopis et clericis. (1. 3.)

205) So Voët, Ev. Otto, Thibaut. Vgl. Thibaut a. a. O. Th. 2, S. 136.

Doppelten steht. Freilich ist der von den älteren Rechtslehrern für diese Ansicht beigebrachte Grund, daß die Rechtsvermuthung des animus transigendi im vorliegenden Falle durch L. 11. C. de condictione indebiti (4. 5.) aufgehoben worden sei, unhaltbar. b) Wenn der mit der actio de peculio Beklagte aus Irrthum über den Bestand des peculium mehr gezahlt hat, als die Quantität des Peculiums beträgt[206]). c) Wenn die Zahlung in Folge eines condemnatorischen Urtheils geschehen ist[207]). Der Grund zu dieser Ausnahme liegt wohl in dem Umstande, daß im vorjustinianischen Rechte die actio iudicati auf das Doppelte ging, falls der Klaggrund abgeleugnet wurde; befand sich der Zahlende indeß im Irrthum in Betreff der Existenz des Urtheiles, ohne daß ein solches wirklich vorlag, so findet die Rückforderung des irrthümlich Gezahlten immer noch statt[208]). d) Wenn etwas erweislich als Strafe (poena) gezahlt worden ist[209]). Man betrachtete wahrscheinlich solche Zahlungen als geschuldet. Eine Folge dieses Grundsatzes ist es, daß bezahlte Geldstrafen auch bei vollständiger Begnadigung in Criminalsachen nicht zurückerstattet werden[210]). e) Wenn etwas in Folge eines Vergleiches gezahlt worden ist[211]). Der Grund dieser Ausnahme liegt in der Ansicht der römischen Juristen, daß schon die Vermeidung eines Prozesses ein hinreichender Grund zum Vergleich ist, und daß die vergleichsweise gemachten Zahlungen unter die Kategorie der dare ob causam gehören. Nur ausnahmsweise ist die condictio auch bei derartigen Zahlungen zulässig, wenn der Vergleich durch offenkundige Chicane des Gegners herbeigeführt worden ist[212]), oder sonst eines gesetzlichen Erfordernisses ermangelt[213]). f) Wenn nicht geschuldete Zinsen von einem geschuldeten Capitale bezahlt werden[214]). Der Grund dieser Ausnahme ist wohl in der Ansicht der römischen Juristen zu suchen, daß das Vorstrecken eines unverzinslichen Capitals eine Gefälligkeit sei, die man durch eine Remuneration zu vergüten habe.[215]) g) Wenn Zinsen über den gesetzlichen Zinsfuß hinaus gezahlt werden und die Abrechnung derselben auf das Capital

---

206) L. 11. D. 12. 6.

207) L. 1. C. 4. 5. Vgl. L. 29. §. 5. D. mandati. (17. 1.) L. 36. D. familiae herciscundae. (10. 2.)

208) L. 26. §. 10. D. 12. 6. L. 36. D. 10. 2.

209) L. 42. D. 12. 6. L. 46. D. 50. 17.

210) L. 1. §. 2. D. de lege Iulia ambitus. (47. 14.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 107.

211) L. 65. §. 1. D. 12. 6. L. 1. pr. D. 12. 4. vergl. mit L. 23. pr. u. §. 3. D. 12. 6.

212) L. 65. §. 1. D. 12. 6.

213) L. 25. §. 1 u. 2. D. 12. 6

214) L. 26. pr. D. 12. 6. Vgl. Thibaut, Versuche, Th. 2, S. 138—151. Weber beschränkt dieß Gesetz auf den Fall der wissentlich gezahlten Zinsen. Siehe dessen diss. de usuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione (Suerin. 1783, 8.) §. 12—21.

215) Vgl. L. 8. D. in quibus causis pignus tacite. (20. 3.) Vgl. Thibaut a. a. O. Th. 2, S. 151.

noch möglich ist[216]). Es ist nämlich eine allgemeine Regel, daß nicht geschuldete Zinsen, so lange es möglich ist, vom Capitale abgerechnet werden, und nur, wo diese Einrechnung nicht mehr möglich ist, z. B. nach Bezahlung des Capitals, tritt die Condiction zur Aushilfe ein[217]).

VI. Condictio sine causa[218]) heißt die persönliche Klage, mit welcher eine Sache, welche entweder ohne einen anfänglich giltigen oder ohne einen dauernden Rechtsgrund dem Beklagten ausgehändigt worden ist, mit Früchten und Accessionen in einem solchen Falle zurückgefordert wird, wo der Kläger zu gleichem Zwecke weder die Eigenthumsklage noch irgend eine andere Condiction brauchen kann. Die Erfordernisse, unter welchen sie stattfindet, sind folgende: 1) es muß irgend eine Sache oder Leistung an den Beklagten gekommen sein. Dieß ergibt sich theils aus den allgemeinen Regeln von den Condictionen und wird in Betreff unserer Klage auch durch das Zeugniß der Pandektenjuristen erhärtet[219]). 2) Es muß für diese Uebertragung des Eigenthums oder für diese Leistung irgend ein Grund vorhanden sein, welcher an juristische Voraussetzungen gebunden ist, die entweder von Anfang an nicht vorhanden gewesen, oder späterhin in Wegfall gekommen sind. Am deutlichsten tritt die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses hervor bei der Betrachtung der einzelnen Facten, welche von den römischen Juristen unter die Kategorie des sine causa condicere gerechnet werden. Ein solches ist nämlich dann begründet, wenn man ein Heurathsgut für eine durch die Civilgesetze verbotene Ehe hergegeben hat[220]); wenn der, welcher von einem Anderen Kleider zum Reinigen erhalten hat, dieselben verloren und ersetzt hat, und der Eigenthümer späterhin sie wiederfindet[221]); wenn ein Sclave, welchen Jemand sammt dem Peculium vom Herrn gekauft hat, vor der Uebergabe den letzteren bestiehlt und der Käufer, ohne vom Diebstahl zu wissen, dem Sclaven später das Peculium entzieht und die dazu gehörigen gestohlenen Sachen aufzehrt oder umsetzt[222]); wenn Jemand aus einer unerlaubten Schenkung etwas erhalten hat und durch den Umsatz desselben reicher geworden ist[223]); wenn eine Frau nach der Trennung der Ehe mit dem geschiedenen Ehegatten sich wiederum verheurathet und den Vertrag abschließt, daß er anstatt der früheren Dotalsache

---

216) L. 26. pr. D. 12. 6. L. 18. C. de usuris. (4. 32.)

217) L. 26. pr. §. 1. D. 12. 6. L. 18. C. 4. 32. L. 26. §. 1. C. ibid. vergl. mit Paulli sent. rec. II. 14. §. 4.

218) Elers diss. de condictionis sine causa fundamento. Jenae 1718. Pestel diss. de condictione sine causa. Rintelii 1726. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 183—210.

219) L. 1. pr. §. 1—3. D. de condictione sine causa. (12. 7.) L. 4. D. ibid.

220) L. 5. pr. u. §. 1. D. 12. 7.

221) L. 3. D. 12. 7.

222) L. 30. pr. D. de actionibus emti venditi. (19. 1.)

223) L. 5. §. 18. D. de donationibus inter virum et uxorem. (24. 1.) L. 33. §. 1. D. ibid. L. 39. D. ibid. vergl. mit L. 6. D. ibid.

eine Geldsumme als Heurathsgut annehmen solle, hierauf diese Summe auszahlt, und vor Rückgabe der permutirten Dotalsache in der neuen Ehe verstirbt[224]); endlich wenn bei dem Abschlusse eines Kaufes eine arrha gegeben und dieselbe nach der Erfüllung des Contractes von beiden Seiten nicht zurückerstattet worden ist[225]). 3) Es muß die Vindication der Sache, die der Empfänger erhalten hat, nicht mehr möglich sein. Dieses Erforderniß gründet sich auf eine strenge Erklärung der Condictionsformel si paret dare oportere[226]), und bewirkt, daß die Condiction durch die zuständige rei vindicatio von selbst ausgeschlossen wird[227]).— Der Gegenstand der vorliegenden Klage ist, falls sie sich auf Eigenthumserwerb gründet, der Werth der erworbenen Sache, insoweit der Erwerber dadurch reicher geworden ist[228]), und im Falle ohne Grund ein Versprechen geleistet worden ist, die Quittirung der daraus entstehenden Obligation[229]). Früchte und Accessionen können wohl auch mit dieser Klage eingefordert werden, wenngleich nach den allgemeinen Regeln von den Condictionen angenommen werden muß, daß Verzugszinsen nicht der Gegenstand der vorliegenden Klage sein können. Nach der gewöhnlichen, namentlich von Cuiacius[230]) vertheidigten Meinung ist die condictio sine causa nur auf solche Fälle anwendbar, in welchen die übrigen Condictionen nicht ausreichen, und diese Ansicht bestätigt sich durch die Bemerkung, daß die römischen Juristen bei der Erörterung der Frage, ob diese Klage zulässig sei oder nicht, zuvor zu untersuchen pflegen, ob dann der vorliegende Fall nicht unter die Kategorie eines anderen Condictionsgrundes gehöre[231]). Auch erklärt sich aus dieser Annahme sehr einfach, wie die römischen Juristen dazu kamen, andere Condictionsgründe, z. B. das indebitum[232]) und das ob causam dare[233]) auf den allgemeinen Condictionsgrund sine causa zurückzuführen, und wie sie in einigen Fällen zweifelhaft sein konnten, ob die condictio sine causa oder ex iniusta sausa eintreten solle[234]). Daher kommt es, daß die neueren Rechtslehrer auch da die condictio sine causa eintreten lassen, wo ein Geben ohne Grund vorliegt und der Condictionsgrund in den römischen Rechtsquellen nicht weiter bezeichnet wird, z. B. wenn ein Schuldschein in der Hoffnung, daß die Zahlung erfolgen werde, aus-

---

224) L. 50. pr. D. de iure dotium. (23. 3.)
225) L. 11. §. 6. D. 19. 1.
226) L. 12. D. usufructuarius quemadmodum caveat. (7. 9.) §. 14. J. de actionibus. (4. 6.)
227) L. 5. §. 18. D. 24. 1. L. 33. §. 1. D. ibid. Daher der Gegensatz von vindicatio und condictio in L. 16. C. de praediis et aliis rebus minorum. (5. 71.) L. 29. D. 12. 6. L. 32. D. 12. 1.
228) L. 5. §. 18. D. 24. 1. L. 6. L. 35. §. 1. L. 39. D. ibid.
229) L. 1. pr. u. §. 2. D. 12. 7. L. 3. D. ibid.
230) Im tract. II. ad Africanum ad L. 23. D. de rebus creditis. (12. 1.)
231) L. 2. D. 12. 7. L. 5. pr. u. §. 1. D. ibid.
232) L. 66. D. 12. 6.
233) L. 10. D. 12. 4.
234) L. 6. D. 24. 1.

gestellt wird, und diese gleichwohl nicht erfolgt[235]); wenn die ausgestellte Schuldurkunde nach der Rückzahlung der Schuld nicht zurückgegeben wird[236]); wenn ein Geschenk von Anfang an auf eine bestimmte Zeit gegeben worden und diese Zeit abgelaufen ist[237]); wenn Jemand in Folge eines condemnatorischen Urtheils Zahlung leistet und nach Einwendung der Appellation das Urtheil reformirt wird u. s. w.

VII. Condictio furtiva[238]) heißt die persönliche, persecutorische Klage, welche dem Eigenthümer der gestohlenen Sache gegen den Dieb und dessen Erben zustehet, auf Wiedererstattung der gestohlenen Sache nebst Früchten und Accessionen. Erfordernisse dieser Condiction sind folgende: 1) Es muß ein furtum[239]) vorliegen. Dieser Begriff ist nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu bestimmen, und es tritt also die Condiction nicht allein beim furtum rei, sondern auch bei dem furtum usus und furtum possessionis ein; auch aus dem Raube wird sie gestattet, da das furtum auch den Raub in sich schließt[240]), und selbst bei der gewaltsamen Besitzergreifung einer unbeweglichen Sache war sie im älteren Rechte anwendbar[241]), da das furtum in der früheren Zeit auch auf unbewegliche Sache bezogen wurde[242]), wenn schon im Justinianischen Rechte sein Begriff auf bewegliche Sachen beschränkt erscheint[243]). 2) Der Kläger muß der Eigenthümer der gestohlenen Sache sein[244]). Zwar findet man in den Schriften der neueren Rechtsgelehrten die Behauptung, daß außer dem Eigenthümer auch der, welcher die gestohlene Sache als Faustpfand besaß, diese Condiction anstellen könne. Man gründet diese Ansicht auf einige Stellen der Justinianischen Pandekten[245]), von denen indeß

---

235) L. 4. C. de condictione ex lege. (4. 9.)

236) L. 2. C. 4. 9.

237) L. 2. C. 8. 55.

238) Literatur: Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 211—236, vorzüglich Krug, selecta de condictione furtiva capita. Lips. 1830, und Buchholtz, juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Rechtes, Nr. 27, S. 340—346.

239) L. 16. D. de condictione furtiva. (13. 1.) L. 25. D. de furtis. (47. 2.) L. 2. §. 1. D. de tutelae et rationibus distr. (27. 3.) §. 19. J. de obligationibus, quae ex delicto. (4. 1.)

240) L. 10. §. 1. D. 13. 1. L. 2. §. 22 u. 26. D. vi bonorum raptorum. (47. 2.) Vgl. Schrader ad Iust. inst. IV. 2. §. 2. p. 598.

241) L. 1. §. 1. D. de condictione triticaria (13. 3.) enthält noch Spuren davon.

242) Gell. noct. Att. XI. 18. Caii inst. II. §. 51. L. 38. D. de usurpationibus et usucapionibus. (41. 3.) L. 25. pr. u. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) §. 7. J. de usucap. et longi temp. praescr. (2. 6.) L. 2. C. vi bon. raptor. (9. 33.) Vgl. Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 132.

243) Schon zu Cajus Zeiten war diese Meinung zur Antiquität geworden. Vgl. Caii inst. II. §. 51. und Klien a. a. O. S. 132.

244) L. 1. D. 13. 1. L. 10. §. 2 u. 3. D. ibid. L. 14. §. 16. D. de furtis. (47. 2.) L. 12. §. 5. D. de usufructu. (7. 1.) Vgl. Buchholtz, juristische Abhandlungen, Nr. 27, S. 340—346.

245) L. 12. §. 2. D. 13. 1. L. 22. pr. D. de pignorat. act. (13. 7.) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Buchholtz a. a. O. S. 340.

nur die Eine in Betracht kommt, und gerade diese besagt nur so viel, daß, wenn dem Faustpfandgläubiger die verpfändete Sache gestohlen worden, ihm nach der Meinung von Aristo, welche Ulpian referirt, die incerti condictio gestattet werde. Aus dem Gesagten ergibt sich von selbst, daß, wenn das Eigenthum der gestohlnen Sache mittlerweile auf einen Anderen übergeht, das Recht auf die Anstellung der condictio furtiva erlischt[246]). Doch gilt dieß nur von der Eigenthumsübertragung, welche durch eine Handlung des Eigenthümers selbst veranlaßt wird; in jedem anderen Falle verbleibt die condictio furtiva dem früheren Eigenthümer[247]). Der Zeitpunkt, auf welchen man in Betreff des Eigenthums zu sehen hat, ist die Zeit des Diebstahls selbst[248]). Wer also späterhin an der gestohlenen Sache das Eigenthum erwirbt, hat kein Recht auf die Nachklage[249]). Auf die Erben des Eigenthümers geht die Condiction beim Tode des Erblassers jedenfalls über, wenn das Eigenthum der gestohlenen Sache nicht durch eine Thathandlung des Erblassers auf einen Anderen übertragen wird, z. B. durch Legat u. s. w.[250]). 3) Der Beklagte muß der Dieb oder dessen Erbe sein[251]). In Betreff des Diebes findet kein Unterschied statt, ob ein furtum manifestum oder nec manifestum vorliegt[252]), ob derselbe oder sein Erbe die gestohlene Sache besitzt oder nicht[253]), und ob der Dieb ein Hausſohn oder ein paterfamilias ist[254]). War der Dieb Sclave, so wird die Condiction gegen den Herrn peculio tenus gerichtet[255]); der Thäter selbst geht frei aus, auch dann, wenn er später freigelassen wird[256]). In Betreff des Erben ist es eine allgemeine Regel, daß er für das Ganze einstehen muß, selbst dann, wenn er durch den Diebstahl seines Erblassers in keiner Beziehung bereichert worden[257]). Um diese Eigenthümlichkeit der vorliegenden Klage zu erklären, haben die neueren Rechtsgelehrten verschiedene Vermuthungen aufgestellt. Die älteren Rechtslehrer, von den Zeiten der Glosse an', haben deshalb behauptet, daß die condictio furtiva gar nicht aus einem Delicte entstehe, vielmehr haben sie einen neuen Quasicontract zur

---

246) L. 10. §. 3. D. 13. 1. L. 12. §. 5. D. 7. 1.

247) L. 10. §. 2 u. 3. D. 13. 1. vergl. mit. L. 12. D. ibid.

248) L. 11. D. 13. 1. L. 12. D. ibid.

249) Es ergibt sich dieß aus der Verbindung von L. 10—12. D. 13. 1.

250) L. 11. D. 13. 1. L. 10. §. 2 u. 3. D. ibid.

251) L. 5. D. 13. 1. L. 7. §. 2. D. ibid. §. 19. J. de oblig., quae quasi ex del. (4. 1.) L. 13. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.) L. 6. §. 4. D. de act. rerum amot. (25. 2.) Auch folgt dieß schon aus der Rechtsregel: proditum est, neminem rem suam nisi furi condicere posse, L. 12. D. usufructuarius. (7. 9.) Caius inst. IV. 4. §. 14. J. de actionibus. (4. 6.)

252) L. 10. pr. D. 13. 1.

253) §. 19. J. 4. 1.

254) L. 5. D. 13. 1.

255) L. 4. D. 13. 1.

256) L. 15. D. 13. 1.

257) L. 9. D. 13. 1. §. 19. J. 4. 1. Vgl. L. 7. §. 2. D. 13. 1.

Entstehung dieser Klage angenommen[258]). Francke[259]) sucht diese Eigenthümlichkeit auf geschichtlichem Wege zu erklären. Im älteren Rechte wurden nämlich alle Civilklagen, welche bloßen Schadenersatz bezwecken, passiv auf die Erben in solidum übertragen, ohne Unterschied, ob sie aus einem Contracte oder aus einem Delicte entspringen. Späterhin habe der Prätor in seinem Edicte einzelne Handlungen verboten und aus denselben Klagen auf reinen Schadenersatz gestattet; man sei aber zeitig darauf gekommen, diesen reinen Schadenersatz als Strafe anzusehen[260]), und deshalb seien diese Klagen nicht passiv auf die Erben übertragen worden. Die spätere Umgestaltung dieser Lehre, daß solche Klagen auch passiv insofern auf die Erben übergehen, insoweit dieselben bereichert worden, sei eine bloße Einwirkung des allgemeinen in L. 38. D. de R. J. (50. 17.) aufgestellten Grundsatzes. Da nun die condictio furtiva nicht aus dem prätorischen Edict, sondern aus dem alten Civilrecht stamme, so erkläre es sich von selbst, warum sie noch im späteren Rechte die Eigenthümlichkeit der alten Civilklagen beibehalten habe. Krug[261]) bringt den Ursprung unserer Klage mit dem Grundsatze in Verbindung, daß man sich über den Diebstahl vergleichen könne[262]); behauptet, daß die vorliegende Klage aus der juristischen Fiction eines solchen Vertrags über die aus dem Diebstahl entstehende Schädenforderung entspringe, und sucht daraus den passiven Uebergang der Klage auf die Erben in solidum zu rechtfertigen. Schrader[263]) sucht unter Verwerfung der früheren Hypothesen diese Eigenthümlichkeit daraus zu erklären, daß die Klage in odium furum eingeführt sei[264]), und bemerkt zugleich, daß der angegebene Rechtssatz vielleicht in den älteren Zeiten nicht so fest gestanden habe[265]), als er in den Justinianischen Pandekten und Institutionen dargestellt wird. Streitig ist es, ob die Klage gegen den Diebeshelfer stattfinde[266]). So viel ist gewiß, daß ein bloßer Rath ohne thätige Beihilfe nicht geeignet ist, die Klage gegen den, welcher den Rath ertheilt hat, zu begründen, und wenn auch gegen den, welcher beim Diebstahle thätig mitgewirkt hat, die actio furti zugelassen wird[267]), so ist doch damit noch keineswegs gesagt, daß auch die condictio furtiva gegen ihn zuständig sei. Vielmehr wird die Statthaftigkeit dieser Klage im vorliegenden Falle von Ulpian[268]) geradezu

---

258) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 231, u. Krug l. c. p. 2.

259) Beiträge (Göttingen 1828), Nr. I, S. 32 flg.

260) L. 50. §. 4. D. 47. 2. Vgl. Krug l. c. p. 4.

261) L. c. cap. 1. p. 8—20.

262) L. 7. §. 14. D. de pactis. (2. 14.) L. 17. §. 1. D. ibid. L. 13. C. de furtis. (6. 2.) Vgl. Caius inst. IV. §. 37 u. 45.

263) Ad Iustin. inst. p. 597.

264) Caius inst. IV. §. 4. §. 14. J. 4. 6.

265) L. 9. §. 7. u. L. 10. D. 27. 3.

266) §. 11. J. 4. 1. L. 36. pr. D. 47. 2. L. 52. §. 19. D. ibid. Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 102.

267) L. 54. §. 4. D. 47. 2. L. 6. D. 13. 1.

268) L. 6. D. 13. 1.

in Abrede gestellt, während Paulus[269]) sie wenigstens in dem Falle für zulässig zu erachten scheint, wenn der Diebeshelfer zur Unterstützung des Diebstahls eine äußere widerrechtliche Handlung vorgenommen hat. Ebenso streitig ist es unter den neueren Rechtsgelehrten[270]), ob den Ehegatten der Gebrauch der condictio furtiva während der Dauer der Ehe gegeneinander durchaus untersagt ist oder nicht. Daß in der Regel unter Ehegatten die furti actio und condictio furtiva nicht zulässig sei, zeigt die Lehre von der actio rerum amotarum, und nur ausnahmsweise gestattet man denselben unter sich während der Dauer der Ehe die condictio furtiva, wenn der Diebstahl bereits vor der Verheurathung geschehen ist, oder der eine von den Ehegatten den Bestohlenen beerbt[271]). Gleichwohl wird auch in diesen Ausnahmsfällen die furti actio unter den Ehegatten nicht gestattet. — Fragt man nach dem Inhalte der condictio furtiva, so erscheint sie als eine Klage auf reinen Schadenersatz[272]). Demnach geht sie nur auf Restitution der gestohlenen Sache[273]), und der aus derselben gezogenen Früchte[274]), und auf Ersatz, falls die gestohlene Sache ganz oder theilweise zerstört worden ist[275]). Die Intention der Formel lautet: si paretdare oportere[276]), wenn schon durch dare im eigentlichen Sinne die Eigenthumsübertragung, welche doch im vorliegenden Falle gar nicht möglich war, angedeutet werden sollte. Die Infamie, welche mit der furti actio verbunden ist, ruht nicht auf der condictio furtiva[277]). Der Grund, aus welchem diese Condiction im römischen Rechte eingeführt worden, ist nur das Streben der römischen Juristen, den Dieb so viel wie möglich Klagen zu unterwerfen; daher concurrirt diese Klage mit der rei vindicatio, ad exhibendum und furti actio[278]), und falls sie mit der zuletztgenannten zusammentrifft, können beide ganz unabhängig von einander angestellt werden, da die eine durch die Anstellung der anderen nicht aufgehoben wird[279]). Manche halten die Condiction für eine aus einem Delicte entspringende Klage[280]), und wenn schon nicht geleug-

---

269) L. 53. §. 2. D. de V. S. (50. 16.)

270) Vgl. die Literatur dieser Controverse bei Buchholtz a. a. O. S. 343—345.

271) L. 3. §. 2. D. de actione rerum amotarum. (25. 2.)

272) L. 7. §. 2. D. 13. 1. L. 21. §. 5. D. 25. 2. Vgl. Schrader ad Iust. inst. IV. 1. §. 19. p. 597.

273) L. 7. §. 1. D. 13. 1. L. 8. pr. D. ibid. L. 12. D. usufruct. quemadm. cav. (7. 9.) Vgl. Krug l. c. p. 22—24.

274) L. 8. §. 2. D. 13. 1.

275) Vgl. Krug l. c. p. 23—26.

276) Caius inst. IV. §. 4. §. 14. J. 4. 6.

277) L. 36. D. 44. 7.

278) Vgl. Krug l. c. cap. 3. p. 38 sq.

279) L. 54. §. 3. D. 47. 2. L. 11. §. 2. D. de servo corrupto. (11. 3.) §. 19. J. 4. 1. §. 18. J. de actionibus. (4. 6.) L. 7. pr. u. §. 1. D. 13. 1. L. 31. D. de noxalibus actionibus. (9. 4.) L. 13. §. 2. D. de iureiur. (12. 2.) L. 11. §. 2. D. de servo corrupto. (11. 3.) L. 12. C. de furtis. (6. 2.) L. 34. §. 2. D. 44. 7.

280) L. 21. §. 5 u. 6. D. 25. 2. L. 36. D. 44. 7., welche man für diese Ansicht anführt, sprechen nicht davon.

net werden kann, daß der begangene Diebstahl als entferntes Fundament der Klage gelten müsse, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß die römischen Rechtsgelehrten sie zunächst nur aus dem Grundsatze, daß Niemand sich zum Schaden des Anderen bereichern dürfe, hergeleitet haben. — Eigenthümlich sind die Grundsätze, nach welchen der Werth der gestohlenen Sache in dieser Klage abgeschätzt wird. Nach der einen Stelle Ulpian's geschieht die Abschätzung der gestohlenen Sache nach dem höchstmöglichsten Werthe, welchen die gestohlene Sache in der Zwischenzeit gehabt hat[281]), und daß diese nur von der Vollendung des Diebstahls an gerechnet werden könne, ersieht man aus einer anderen Stelle desselben Schriftstellers[282]). Als Folge dieses Grundsatzes muß es gelten, daß, wenn der Werth der gestohlenen Sache nach diesem Zeitpunkte sich vermehrt, auch diese Vermehrung in Betracht gezogen wird[283]). Diese Regel bei der Abschätzung der gestohlenen Sache leiten die römischen Juristen aus dem Grundsatze her: fur semper moram facere videtur[284]), welcher indeß nicht mit Glück so verstanden werden darf, daß der Dieb jedenfalls im Verzuge sich befinde, sondern nur so viel bedeutet, daß für den Dieb in jedem Augenblicke eine neue mora anfange[285]). Aus der Natur der condictio furtiva ergibt sich so viel als gewiß, daß, wenn die gestohlene Sache wieder an den Eigenthümer zurückkommt, auch die Klage wegfällt[286]). Aus dieser Bemerkung erklärt sich der Wegfall der Klage, wenn der Gegenstand der Obligation unter Einwilligung des Eigenthümers in eine andere Obligation übertragen wird[287]), oder der Dieb dem Eigenthümer die gestohlene Sache anbietet[288]), wofern dieselbe nur nicht in der Zwischenzeit verschlechtert worden ist[289]).

Bei den neueren Rechtsgelehrten findet man öfters die Eintheilung der condictio furtiva in certi und incerti condictio erwähnt, und gerade die letztere wird dem Pfandgläubiger gewöhnlich zugesprochen[290]). Allein diese Eintheilung ist wohl zu verwerfen, da sie in den römischen Rechtsquellen nirgends erwähnt, auch die condictio furtiva überall nur dem Eigenthümer zugesprochen wird, und endlich die Eintheilung zu Resultaten führen würde, welche ausdrücklichen Zeugnissen unserer Rechtsquellen geradezu widersprechen[291]).

---

281) L. 8. §. 1. D. 13. 1.

282) L. 2. §. 3. D. de privatis delictis. (47. 1.) Vgl. Krug l. c. c. 1. p. 1.

283) L. 13. D. 13. 1. Dasselbe tritt auch bei der rerum amotarum actio ein. L. 29. D. 25. 2.

284) L. 8. §. 1. D. 13. 1. L. 20. D. ibid.

285) Vgl. Madai, die Lehre von der Mora, S. 318—324.

286) L. 10. pr. D. 13. 1.

287) L. 72. §. 3. D. 46. 3. L. 17. D. 13. 1.

288) L. 8. D. 13. 1. L. 17. D. ibid. L. 72. §. 3. D. de solut. et lib. (46. 3.)

289) L. 17. D. 13. 1. L. 2. C. de condictione furtiva. (4. 8.)

290) Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 224.

291) Vgl. Buchholtz, juristische Abhandlungen, S. 343 flg.

VIII. Condictio ex lege[292]) heißt die persönliche Klage, welche dann stattfindet, wenn ein neues Civilgesetz eine Obligation einführt und nicht zugleich bestimmt, was für eine Klage man brauchen solle, um die Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu erzwingen[293]). Um dieß zu verdeutlichen wird es nöthig sein, auf Gesetze zu verweisen, welche eine Verbindlichkeit eingeführt und gleichwohl dabei die Klage bestimmt haben, welche man in dieser Rücksicht brauchen solle. So legt die Tabula Heracleensis lin. 37—43.[294]) den Bewohnern der umliegenden Gebäude die Verpflichtung auf, die Straßen zu reinigen und in baulichem Stande zu erhalten; im Falle der Säumniß sollen die competenten Magistrate diese Verpflichtung im Namen der Umwohner übernehmen, und der Kosten halber die, welche dieß Geschäft ausgeführt haben, an die Hauseigenthümer anweisen, und, wenn die letzteren binnen 30 Tagen den auf sie kommenden Kostenantheil nicht ersetzen, so sollen sie außer demselben noch die Hälfte mehr zu bezahlen schuldig sein, und jeder Magistrat, welcher in dergleichen Sachen angegangen wird, soll auch hier gerade so den Richter bestellen und das iudicium anordnen, wie dieß in der actio de pecunia credita der Fall ist[295]). Als Beispiele der condictiones ex lege werden in den römischen Rechtsquellen folgende genannt: die condictio ex lege Iulia de adulteriis auf einfachen und doppelten Ersatz des Werthes eines Sclaven, welcher entweder als Beklagter oder als Zeuge auf die Tortur gespannt worden ist[296]); die condictio ex lege auf das Dreifache oder Vierfache gegen die Einnehmer von Gerichtssporteln, welche an Sporteln mehr, als wozu sie nach Justinian's Verordnung berechtigt sind, eingefordert haben[297]), und die condictio ex lege gegen den Emphyteuta aus der bekannten Constitution des Kaisers Zeno[298]). Aus diesen Beispielen ersieht man zugleich, daß die Klage auch auf kaiserliche Constitutionen gegründet worden ist[299]). Die neueren Rechts-

---

292) Vgl. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 237—258, Gans, über römisches Obligationenrecht, S. 25—29.

293) L. un. D. de condictione ex lege (13. 2.): Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est. Daß nova zu lege gehört, bezeugt nicht allein die Wortstellung, sondern auch die Basiliken (ed. Fabr. III. p. 571.) *ὁσάκις νεος νόμος ἐνοχὴν ἐνάγων.*

294) Bei Maffei Museum Veronense p. CCCCXXXVIII.

295) Tab. Heracl. lin. 44. 45. Inque eam rem ei, quocumque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumque ita dato, uti de pecunia credita iudicem iudiciumque dari oportebit.

296) L. 27. §. 15 u. 16. D. ad legem Iuliam de adult. coërc. (48. 5.) L. 28. D. ibid.

297) Theoph. paraphr. inst. IV. 6. §. 24 u. 25. ed. Reitz tom. II. p. 812—815.

298) Libellus de actionibus in Heimbach observationum iuris Graeco-Romani pars I. p. 59.

299) Theoph. paraph. IV. 6. §. 24. tom. II. p. 814. *τὸν γὰρ ἐξ λέγε κονδικτίκιον ἀμάχως ἐκ διατάξεως τίκτεσθαι συμβαίνει.* Vgl. L. 22. §. 6. C. de iure deliberandi. (6. 30.) L. 12. §. 1. C. de petitione hereditatis. (3. 31.)

gelehrten weichen von der hier erörterten Ansicht insofern ab, als sie eine condictio ex lege in allen Fällen annehmen, in welchen sie die aus einer durch ein neues Gesetz eingeführten Obligation entstehende Klage nicht weiter bezeichnet finden, und in diesen Fällen setzen sie das Gesetz, aus welchem geklagt wird, hinzu. Die vorzüglichsten Fälle dieser Art sind hier im Kurzen mitzutheilen. 1) Condictio ex L. 6. C. de dot. promiss. (5. 11.), welche nach der Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian auf die Aushändigung eines durch ein simples Versprechen bestellten Heurathsgutes geht. 2) Condictio ex L. 35. §. ult. de donationibus (8. 54.), aus einer Schenkung unter den Lebenden, welche nach dieser Verordnung Justinian's auch ohne Stipulation eine klagbare Verbindlichkeit erzeugt. 3) Condictio ex L. 7. D. de nautico foenore (22. 2.), d. h. aus einem einfachen Vertrage, wodurch der Gläubiger gegen höhere Zinsen die Gefahr eines über See geliehenen Capitals während der Reise übernimmt. 4) Condictio ex L. 30. de inoff. testam. (3. 28.), auf Ergänzung des Pflichttheils nach der angeführten Constitution Justinian's, falls Personen, welche denselben beanspruchen können, im Testamente zwar etwas, aber nicht so viel, als derselbe beträgt, hinterlassen worden ist. 5) Condictio ex L. 1. C. de condictione ex lege (4. 9.), welche der Fiscus nach einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian wegen einer Primipilarschuld zu seiner Deckung gegen den Schuldner seines Schuldners anstellen kann, wenngleich die Schuld desselben noch nicht zahlbar sein sollte. 6) Condictio ex L. 7. C. de dotis promissione (5. 11.), welche sich auf die gesetzliche Verpflichtung des Vaters gründet, seine Tochter auszustatten. 7) Die condictio ex L. 65. D. soluto matrimonio (24. 3.), welche die Ehewau gegen den Ehemann auch während der Dauer der Ehe anstellen kann, frenn derselbe einen zu ihrem Brautschatze gehörigen Sclaven gegen ihren erklärten Willen oder als ihr Geschäftsführer freigelassen hat. Wahrscheinlich stammt diese Klage aus der lex Iulia de maritandis ordinibus[300]), wie bereits Cuiacius[301]) und Ramos del Manzeno[302]) bemerkt haben. 8) Condictio ex L. fin. (10.) C. de revocandis donationibus (8. 56.), zur Rücknahme einer unter den Lebenden gemachten Schenkung wegen grober Undankbarkeit des Schenknehmers in den durch das angeführte Gesetz Justinian's näher bezeichneten Fällen. 9) Condictio ex L. 4. C. finium regundorum (3. 39.), auf Abtretung eines bestimmten Theiles des eignen Ackers, wenn der, welcher einen Grenzscheidungsprozeß erregt hat, während desselben das streitige Grundstück eigenmächtig in Besitz genommen hat. — Nach Analogie der condictiones ex lege haben die neueren Rechtsgelehrten

---

300) L. 64. §. 5—10. D. 24. 3. L. 14. §. 2. D. de lege Cornelia de falsis. (48. 10.)

301) Observat. II. 34.

302) Comm. ad legem Iuliam et Papiam lib. IV. reliquat. 29. in thes. Meerm. tom. V. p. 493.

auch condictiones ex canone, ex statuto und ex moribus angenommen. Das erste, wenn die neu eingeführte Verbindlichkeit aus einem Kirchengesetze; das zweite, wenn sie aus einem statutarischen Rechte; das dritte, wenn sie aus dem Gewohnheitsrechte herstammt. In einer engeren Bedeutung versteht man unter dem Ausdrucke condictio ex moribus die nach dem teutschen Gewohnheitsrechte aus einem Vertrage, welcher nach dem römischen Rechte als pactum nudum nicht klagbar sein würde, entstehende Klage, welche man sonst actio ex pacto nennt [303]).

IX. Condictio triticiaria [304]), auch triticaria [305]) genannt, heißt nach der richtigeren Ansicht die Condiction, welche aus Obligationen, deren Gegenstand ein anderer ist, als eine bestimmte Summe baaren Geldes, auf den Ersatz des durch das Urtheil des Richters auszumittelnden Werthes der Sache angestellt wird [306]). Manche machen sie zu einer adiecticia qualitas [307]), d. h. zu einem Beisatze, welcher allen aus einer obligatio dandi entspringenden persönlichen Klagen in dem Falle beigefügt werden könne, wenn nicht sowohl auf die Sache selbst, als vielmehr auf den nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Werth derselben geklagt wird, um anzuzeigen, daß die Forderung auf etwas Unbestimmtes gerichtet sei. Auch die, welche sie für eine eigne Klage halten, sind über die Bedeutung derselben nicht einerlei Meinung. Einige [308]) von ihnen halten sie für die persönliche Klage, welche bei den stricti iuris negotia, aus denen Jemand dem Kläger irgend eine andere Sache, als eine bestimmte Geldsumme zu leisten schuldig ist, wenn er sein Versprechen entweder gar nicht oder nicht zur rechten Zeit erfüllt hat, das nach richterlichem Ermessen fest-

---

303) Carpzov, diss. de condictione ex moribus. Lipsiae 1685. Bastineller, diss. de actione ex quocunque pacto moribus data. Vitemb. 1718. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 257.

304) So in der Titelüberschrift der Pandekten XIII. 3.; ferner in den Basilic. 24. 8. ed. Fabr. tom. III. p. 572, und in Anonymi libellus de actionibus p. 54. Das „alias Triticiana“ bei Haloander beruht nur auf der in Handschriften gewöhnlichen Verwechselung von ri und n. Vgl. Drakenborg ad Liv. VI. 10. §. 5. Heins. ad Ovid. Heroid. XIII. 119. — Literatur: Jo. Strauch, diss. de condictione triticiaria. Jenae 1670. Jo. Car. van Wachendorff, diss. de condictione triticiaria in Eiusdem Diss. triade p. 201 sq. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 13, S. 259—300.

305) So die Flor. in L. 1. pr. D. 13. 3. und die Basil. 23. 1. tom. III. p. 248, 236, 247, 251. Vielleicht ist Beides gleich richtig. So sagt man wenigstens Illyricianus und Illyricanus, viridiaria und viridaria, versicolorus und versicolorius. Die besten Civilisten ziehen indeß triticaria vor. So Augustinus, de nom. propriis Pand. in thes. Ott. tom. I. p. 335. Gothofredus in Manuali iuris p. 269. Schultingius in decade thes. controv. XLVI. 1. opp. acad. III. p. 148.

306) Vgl. Gans, über römisches Obligationenrecht, S. 54—56 und 86 flg.

307) Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 262.

308) So Wachendorff l. c. cap. II. §. 7. Ihm folgen Böhmer, Schaumburg und Schmidt.

zustellende Interesse in den Fällen einzufordern bestimmt ist, in welchen die actio ex stipulatu nicht stattfindet. Andere[309]) definiren sie als die persönliche Klage, wodurch der Kläger jede ihm geschuldete Sache, ohne Unterschied, ob sie bestimmt ist oder nicht, nur nicht eine bestimmte Geldsumme, von dem Beklagten dergestalt fordern kann, daß, wenn letzterer der richterlichen Sentenz, welche ihm die Restitution oder Ablieferung der Sache auferlegt, nicht Folge leistet, er nachher zum Ersatz des Werthes verurtheilt werden könne. Die Erfordernisse der Klage lassen sich auf folgende Sätze zurückführen: 1) Die condictio triticiaria entspringt aus denselben Obligationen, wie die certi condictio[310]), also nicht allein aus Contracten und Quasicontracten, sondern auch aus Delicten. Mit dieser Ansicht lassen sich am besten auch die Zeugnisse der Pandektenjuristen vereinigen, welche die Klage nicht allein bei der Stipulation[311]), sondern auch in allen Fällen gestatten, in welchen man nach allgemeinen Principien die eigne Sache dem Besitzer condiciren darf[312]), d. h. beim Diebstahle, bei dem Raube beweglicher Sachen und der gewaltsamen Besitznahme der von Anderen besessenen Grundstücken[313]). 2) Der Gegenstand der Klage kann jede Sache, außer einer Summe baaren Geldes, sein[314]); also nicht allein bewegliche und unbewegliche Sachen, sondern auch Rechte und fungible Sachen, außer baarem Gelde. 3) Die Klage geht nicht auf das klägerische Interesse, sondern nur auf den durch den Richter auszumittelnden Werth des geschuldeten Gegenstandes[315]). Dadurch unterscheidet sich dieselbe wesentlich von der certi condictio, welche schon in der Klagformel eine bestimmte Summe baares Geld namhaft machte, welche entweder von Anfang an der Gegenstand der Obligation gewesen, oder durch die vom Kläger vorgenommene Abschätzung des Streitgegenstandes aufgefunden worden war. Die Regeln, nach welchen der Richter den Werth des Streitgegenstandes bei dieser Klage auszumitteln hat, sind folgende: Ist ein Zahlungstag für die Obligation festgesetzt, so richtet sich die Taxation der Sache unveränderlich nach diesem[316]). Hat also der Schuldner am festgesetzten Tage die Leistung nicht erfüllt, und ist die geschuldete Sache späterhin zu Grunde gegangen, so muß er den Werth leisten, den die Sache an jenem Zahlungstage hatte. Ist aber ein Zahlungstag von den Par-

---

309) So Strauch l. c. cap. II. sect. 1. §. 1. u. sect. 4. §. 3.

310) Am deutlichsten sagt dieß Stephanus in Basilic. tom. III. p. 248. Vgl. p. 251, 247. Errathen hatte dieß schon Hugo Donellus in comm. ad D. XIII. 3. de condictione triticiaria. p. 397.

311) L. 1. pr. D. 13. 3.

312) L. 1. §. 1. D. 13. 3.

313) L. 2. D. 13. 3.

314) L. 1. pr. D. 13. 3. Scholia Basil. tom. III. p. 247, 248, 251.

315) L. 3. D. 13. 3.: Res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat. L. 4. D. ibid.: Tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. Vgl. Basilica tom. III. p. 572: *ἡ καταδίκη γίνεται πρὸς τὸν καιρὸν τῆς καταδίκης.*

316) L. 4. D. 13. 3.

teien überall nicht festgesetzt worden, so erfolgt die Abschätzung der Sache, wenn dieselbe noch in der Natur vorhanden ist, nach der Meinung des Servius nach demjenigen Zeitpunkte, an welchem die Verurtheilung erfolgt [317]); ist die Sache bereits untergegangen, so kommt nur der Augenblick ihres Unterganges in Betracht, doch so, daß die Aestimation nicht auf einen zu geringen Werth reducirt werde. Doch soll, sobald der Schuldner eine Mora begeht, in beiden Fällen, nämlich in dem des Unterganges und in dem der Verschlechterung, nach der von Ulpian gebilligten Meinung des Marcellus der Augenblick der Mora bei der Ausmittelung des Werthes der geforderten Sache zu Grunde gelegt werden. Die angeführten Regeln stimmen in den Hauptpunkten ganz mit den überein, nach welchen in der certi condictio die Abschätzung des Streitgegenstandes geschehen mußte, wenn derselbe in etwas Anderem, als in baarem Gelde bestand [318]). — Aus dem Gesagten ergibt sich nicht allein so viel mit Gewißheit, daß die vorliegende Klage eine eigne, selbstständige Condiction ist, also nicht zu den arbitrariae actiones, wie Wachendorff [319]) und Westenberg [320]) gegen die allgemeine Natur solcher Klagen angenommen haben, gerechnet werden kann. Auch scheint bei den Berührungspunkten, welche zwischen dieser Klage und der certi condictio vorliegen, nicht zu bezweifeln, daß es Fälle geben mußte, in welchen der Kläger die Wahl hatte, entweder den Gegenstand der Obligation für sich in Geld abzuschätzen und dann denselben mit der certi condictio einzutreiben, oder die triticaria condictio anzustellen und somit die Ausmittelung des Werthes dem Urtheile des Richters zu überlassen. Diese Bemerkung bestätigt sich durch die Darstellung der Sache in den alten Pandektenscholien, welche in den Basiliken [321]) aufbehalten worden sind. — Ueber die Entstehung des Namens der Klage herrscht ein fast undurchdringliches Dunkel. Der Analogie ähnlicher Redeformen [322]) nach und der Etymologie des Wortes triticarius [323]) zufolge ist der Name von triticum abzuleiten, und gerade diese Vermuthung wird auch durch das Zeugniß des alten Pandektenerklärers Stephanus bestätigt [324]). In der alten Klagformel, sagt dieser Gelehrte, hätten die römischen Juristen, welche sie gebildet, das Wort triticum erwähnt, und daher sei der Name entstanden [325]). Und in

---

317) L. 3. D. 13. 3.

318) L. 22. pr. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Madai, die Lehre von der Mora, §. 48, S. 312—317.

319) Diss. laud. p. 255.

320) In principiis iuris secundum ordinem Dig. XIII. 3. opp. tom. II. p. 255.

321) Basil. ed. Fabr. tom. III. p. 248, 251, 247.

322) So heißt die Klage si quadrupes bei den alten Pandektenscholiasten quadrupedaria actio. Vgl. Basil. 60. 2. ed. Fabr. tom. VII. p. 37—41.

323) Calendarium Ursini in Graevi thes. antiqu. Rom. tom. VIII. p. 22. messes (frumentar.) item (triticar.) und sementes triticar. et hordiar.

324) Basil. tom. III. p. 572.

325) So auch Cuiacius paratit. ad libros quinquag. Dig. XIII. 3.

der That bietet theils die lex de Gallia Cisalpina, theils das vierte Buch der Institutionen von Caius Beispiele genug von stehenden Klagformularen, welche in den prätorischen Edicten und den Schriften der römischen Rechtsgelehrten traditionell sich fortgepflanzt haben. Vielleicht war gerade die erste über baares Geld hinaus zulässig gewordene Condiction bei der Getreideforderung vorgekommen[326]), und somit die Einschaltung des triticum in der formula durch diesen äußeren Thatumstand veranlaßt worden. Andere nehmen nach dem Vorgange von Hotman[327]) und Wachendorff[328]) und Glück[329]) an, daß die vorliegende Klage ihren Namen von der Sitte der Provinzialstatthalter erhalten habe, den ihnen unterworfenen Provinzialen die Prästation des für sie nöthigen Getreides aufzulegen und statt des Getreides in natura den Werth desselben zu erheben[330]). Die Ankündigung der Lieferzeit habe man condictio triticaria genannt, und daher sei es gekommen, daß, wenn in einem gegebenen Falle statt der schuldigen Sache der Werth derselben gefordert wurde, die zu diesem Zwecke gestattete Klage condictio triticaria genannt worden sei. Allein eines Theils ist ein solcher Sprachgebrauch bei den Alten völlig unerweislich, anderen Theils ist es nicht recht einzusehen, wie man dazu gekommen sei, das, was man den Provinzialen nur als eine Wohlthat zukommen ließ, d. h. die Abschätzung des Getreides in Geld[331]) zu einem Zwange zu machen und deshalb eine eigene Abschätzungsklage einzuführen. Andere[332]) nehmen an, daß die vorliegende Klage ihren Namen von dem, welcher sie zuerst aufgebracht, erhalten habe. Sie erdichten zu diesem Zwecke den nirgends vorkommenden Namen Triticius und ziehen deshalb die andere Redeform triticiana condictio vor. Indessen findet sich auch dafür keine hinreichende Autorität, und es steht dieser Meinung noch der Umstand entgegen, daß nur prätorische Klagen, nicht aber civilrechtliche nach dem, welcher sie eingeführt hat, benannt worden sind. Im Mittelalter stellte der Glossator Bartolus[333]) die Vermuthung auf, daß vielleicht die Franzis-

---

Zimmern, römischer Civilprozeß, §. 62, S. 185. Schilling, Institutionen des röm. Rechtes, Th. II, S. 345, Note v.

326) So Zimmern a. a. O. S. 185.

327) In epitomat. Dig. XIII. 3.

328) L. c. cap. II. §. 4.

329) A. a. O. Th. 13, S. 264.

330) Cic. Verr. III. cap. 81—98. Divin. cap. 10.

331) Cic. Verr. III. 81. Ascon. ad Cic. Divin. 10. et in Verr. I. 58.

332) So nach dem Vorgange von Donellus noch Hefftter in observation. ad Caii comm. IV. instit. cap. XIV. p. 71.: Immo potius Triticiana ob auctore suo. Schon Albericus de Rosate sagte gegen das Ende des 13. Jahrhunderts das Nämliche in der lectura ad Dig. vetus XIII. 3. (ed. Venet. 1585, fol.) p. 65, und vorher Azo in der Summa in Dig. vet. XIII. 3. (ed. Venet. 1581, fol.) p. 1167.

333) Comm. ad Dig. vet. (Venet. 1481.) fol. 61. A.: Possemus dicere, quod ille, qui induxit hanc condictionem, fuit frater minor, qui omnes alias res accipiunt praeter pecuniam numeratam, et, licet ille ordo tempore illius

kaner die Klage eingeführt hätten, und obschon er recht wohl wußte, daß dieser Orden zur Zeit, wo die Justinianischen Pandekten entstanden, noch nicht vorhanden war, so bemerkte er doch, daß es unter den Alten einen Philosophen gegeben habe, dessen Lage die Annahme von Geldstücken verboten habe. Wahrscheinlich dachte er an den Diogenes, welcher mit seinem wunderlichen Lebenswandel auch schon dem Dante Alighieri[334]) bekannt war. Daher kommt es wohl, daß diese Klage bei manchen neueren Rechtsgelehrten Franziskanerklage (condictio Franciscanorum) heißt. — Manche neueren Rechtsgelehrten nehmen an, daß die vorliegende condictio nach Verschiedenheit der Gegenstände entweder eine certi condictio, oder incerti condictio sein könne; jenes, wenn sie auf ein certum außer baarem Gelde geht, dieses, wenn sie auf ein incertum gerichtet ist[335]). Allein diese Ansicht hängt mit der bereits oben besprochenen Controverse über die Identität der certi condictio und condictio si certum petetur zusammen und fällt, sobald man diese Controverse bejahend entscheidet. Auch gibt es im ganzen Corpus Juris nicht eine einzige Stelle, welche eine derartige Eintheilung der condictio triticaria unterstützte.

X. Incerti condictio. Das Wesen der incerti condictio ist nach den Ansichten der neueren Rechtsgelehrten sehr bestritten. Am sichersten wird es demnach bei der Darstellung desselben sein, zunächst nur die Aeußerungen der römischen Rechtsquellen über diese Condiction zu berücksichtigen und sodann die vorzüglichsten Controversen in dieser Lehre, wenn auch nur kurz, zu berühren. In den römischen Rechtsquellen erscheint die incerti condictio[336]) als eine Art von Aushilfeklage, welche in den Fällen eintritt, in welchen zwar ein Condictionsgrund vorliegt und die gewöhnliche Condiction aus besonderen Gründen nicht eintreten kann. Am deutlichsten sieht man dieß aus L. 12. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.), wo die incerti condictio dem Pfandgläubiger, wenn ihm die verpfändete Sache gestohlen worden ist, gegen den Dieb und dessen Erben ertheilt wird, während es doch sonst

---

legis non fuerit, erat quidam philosophus, qui erat talis conditionis, quae pecuniam respuebat. Allerdings dürfen die Franziskaner nach der Regel ihres Stifters keine Geldstücken anrühren, nicht einmal in den Kleidungsstücken tragen. Vgl. Regula S. Francisc. cap. VIII. in Waddingi Annales fratrum minorum ad annum 1210. tom. I. p. 71.

334) Inferno Canto 4.

335) Vgl. Gans, über römisches Obligationenrecht, S. 86, 87, und Schilling, Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechtes, Th. 2, S. 345, Note 5.

336) Dieser Ausdruck findet sich in L. 12. §. 2. D. 13. 1. L. 16. §. 2. D. de minoribus. (4. 4.) L. 3. D. 12. 7. L. 2. §. 3. D. de donationibus. (39. 5.) L. 46. pr. D. de iure dotium. (23. 3.) So auch incertum condicere in L. 35. D. de servit. praed. urb. (8. 2.), und incerti condicere in L. 5. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.) L. 40. §. 1. D. de condict. indebiti. (12. 6.) L. 22. §. 1. D. ibid. L. 16. §. 2. D. 4. 4. L. 5. §. 1. D. de usufr. earum rerum. (7. 5.) Diese Wortstellung ist die gewöhnliche. Condictio incerti findet sich nur in L. 12. D. de novationibus (46. 2.) und wird daselbst offenbar durch den Gegensatz entschuldigt.

gewiß ist, daß die condictio furtiva nur dem Eigenthümer der gestohlenen Sache gestattet wurde, und aus L. 40. §. 1. D. de condict. indebiti (12. 6.), wo dem Erben, welcher aus einem Fideicommisse ein Haus übergeben und dabei nicht dasjenige, was er in Abzug bringen konnte, in Abzug gebracht hat, die incerti condictio aus dem Grunde zugesprochen wird, quasi plus debito dederit. Derselbe Condictionsgrund [337]) wird auch in anderen Stellen, welche von der incerti condictio reden, mit klaren deutlichen Worten vorausgesetzt, und auch bei dem sine causa promittere kommt eine incerti condictio auf Liberation vor [338]). Schon der Name der incerti condictio deutet darauf, daß der Gegenstand derselben wohl immer ein incertum im Sinne des römischen Rechtes war, und diese Bemerkung bestätigt sich durch die einzelnen Anwendungen, welche von der incerti condictio in einzelnen Pandektenstellen gemacht werden. So geht diese Klage auf Aufhebung und Quittung eines Versprechens [339]), auf Erlaß einer indebite geleisteten Caution [340]), auf Bestellung der cautio quasi usufructuaria, wenn diese Bestellung bei der Uebergabe der fungibeln Sachen unterlassen worden ist [341]), auf Ersatz der Abzüge, die man bei der Ausantwortung einer Sache zu machen berechtigt war und gleichwohl unterlassen hat [342]), und endlich auf Bestellung einer Servitut, welche bei der Uebergabe eines Grundstückes vergessen worden ist [343]). Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich als gewiß, daß, wo von einem liberationem condicere [344]), oder obligationem condicere [345]) die Rede ist, nur die incerti condictio gemeint sein kann. Vergleicht man nun diese Aeußerungen der römischen Rechtsquellen mit dem ganzen, bisher erörterten Condictionssysteme, so scheint es am richtigsten, mit Zimmern [346]) anzunehmen, daß ursprünglich aus den angenommenen Condictionsgründen nur dann geklagt werden konnte, wenn ein certum vorlag [347]), und daß erst späterhin aus den nämlichen Gründen die incerti praestatio klagbar geworden sei, nämlich durch eine mit quicquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet concipirte incerta formula [348]). Die ersten Spuren der Zulassung einer incerti

---

337) L. 2. §. 4. D. de donat. (39. 5.) L. 12. D. 46. 2. L. 5. §. 1. D. 19. 1. L. 22. §. 1. D. 12. 6.

338) L. 1. pr. D. 12. 7. L. 3. D. ibid.

339) L. 5. §. 1. D. 19. 1. L. 46. pr. D. 23. 3. L. 2. §. 3 u. 4. D. 39. 5. L. 3. D. 12. 7., vergl. mit L. 1. pr. D. ibid.

340) L. 16. §. 1. D. 4. 4.

341) L. 5. §. 1. D. de usufr. earum rerum. (7. 5.)

342) L. 40. §. 1. D. 12. 6.

343) L. 22. §. 1. D. 12. 6. L. 35. D. 8. 2. L. 8. pr. D. 19. 1.

344) L. 4. D. 12. 4. L. un. C. de errore calculi. (2. 5.)

345) L. 1. pr. D. 12. 7. vergl. mit L. 3. D. ibid. L. 76. D. 23. 3.

346) Römischer Civilprozeß, §. 62, S. 182 flg.

347) L. 9. D. 12. 6.

348) Caius inst. 4. §. 54, 131 u. 136. Vgl. Heimbach, über die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Th. 12, S. 296.

condictio liegen wohl in dem erweiterten Begriffe des dare oportere auf die Bestellung einer Servitut und eines Pfandrechtes, und eine weitere Ausdehnung des Gebietes der incerti condictio scheint erst dann möglich geworden zu sein, als man die Bestellung einer Caution, die Wiederherstellung einer erlassenen Obligation oder die Liberation einer bereits eingegangenen Obligation in den Condictionsfällen, aus welchen man früher nur die certi condictio zuließ, zu berücksichtigen sich entschloß. Diese Vermuthung wird auch durch die Beziehung unterstützt, in welcher sich die römischen Juristen die incerti condictio dachten. Sie setzten nämlich die incerti condictio zunächst nur der certi condictio[349]) oder condictio[350]) im engeren Sinne entgegen, und gestatteten die erstere, wenn eine Forderung auf baares Geld vorlag, und die incerti condictio in jedem anderen Falle. — Wir dürfen aber, auf dieser Grundlage fortbauend, noch weiter gehen, und die Identität der incerti condictio und condictio triticaria vermuthen, da die incerti condictio nur im Gegensatze der certi condictio gedacht wird und das Gebiet der triticaria ganz identisch mit dem der incerti condictio zu sein scheint, wenn man nur überhaupt die Identität der certi condictio und condictio si certum petetur als erwiesen voraussetzt. Betrachtet man aber die zuletzt genannten beiden Ausdrücke als Bezeichnungen verschiedener Klagen, so wird man entweder mit Gans[351]) annehmen müssen, daß die triticaria condictio bald eine certi, bald eine incerti condictio sei, und daß die incerti condictio stets eine triticaria condictio sei, oder man wird mit den älteren Juristen glauben müssen, daß die incerti condictio eine ganze Klaggattung bezeichne, und die triticaria nur eine Unterart der incerti condictio sei[352]).

XI. Condictio Iuventiana heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen die Condiction, welche dann stattfindet, wenn in der Person des Gläubigers ein Irrthum vorgefallen ist, welcher die Entstehung der beabsichtigten obligatio ex mutuo verhinderte. Der Name schreibt sich aus einem Fragmente des alten Pandektenjuristen Iuventius Celsus her, welcher im fünften Buche seiner Digesten[353]) die Condiction gestattet, wenn Sempronius mich und den Titius um ein Darlehn anspricht und ich ihm meinen Schuldner delegire und Sempronius sich von diesem die gewünschte Summe versprechen läßt, in der Meinung, daß mein Schuldner Schuldner des Titius sei. Denn wenn schon in diesem Falle ein mutuum in der Person des

---

349) L. 12. D. 46. 2.

350) L. 46. pr. D. 23. 3. L. 5. §. 1. D. 7. 5. Derselbe Gegensatz findet sich in den alten Pandektenscholien in Basil. 60. 10. ed. Fabr. tom. VII. p. 245.

351) A. a. O. S. 86—88.

352) Vgl. Glück a. a. O. Th. 13, S. 267.

353) L. 32. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Conradi Iuventiana condictio, quae est in L. 32. D. de reb. cred. Marb. 1774, 8., und Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 23—26.

Gläubigers vorkommenden Irrthums halber nicht vorliegt, so nahm doch Celsus die Statthaftigkeit der Condiction im vorliegenden Falle deshalb an, weil es billig sei, daß mein an den Empfänger gekommenes Geld an mich zurückgegeben werde. Ueber die Natur des hier vorliegenden Condictionsgrundes sind die neueren Juristen verschiedener Meinung. Einige nehmen die Analogie des Darlehns zu Hilfe, andere denken geradezu an ein indebitum, noch andere[354]) nehmen mit mehr Wahrscheinlichkeit für den vorliegenden Fall eine condictio sine causa an. Conradi[355]) endlich denkt an eine condictio ex iniusta causa, was indeß mit den oben erörterten Grundsätzen über diesen Condictionsgrund nicht leicht in Einklang gebracht werden dürfte. Jedenfalls ist es aber nicht zu billigen, wenn Westenberg[356]) sie condictio ex L. 32. D. de rebus creditis nennt, da zur Annahme einer condictio ex lege im vorliegenden Falle nicht der geringste Grund vorliegt.

XII. Condictio de bene depensis[357]) heißt bei den griechischen Juristen die Condiction, welche dann stattfindet, wenn der Darleiher aus Gründen des bürgerlichen Rechtes unfähig ist, das Eigenthum der Geldstücken auf den Empfänger zu übertragen und der letztere gleichwohl bei dem Empfange derselben glaubte, daß dem Darleiher diese Befugniß zustehe. Die Fälle, welche in den griechischen Pandektenscholien hierher gerechnet werden, sind folgende: wenn ein flüchtiger Sclave oder ein solcher, welcher nicht die freie Verwaltung seines Peculiums hat, Geld gegen den Willen seines Herrn ausleiht[358]), und wenn das Darlehn von einem Wahnsinnigen[359]), oder einem Diebe herrührt[360]), obgleich Manche in dem zuletzt genannten Falle dem Diebe deshalb die Klage absprechen, weil er aus seinem Delicte keine Klage erwerben dürfe[361]). Auch rechnete man es zu den Fällen dieser Condiction, wenn die Parteien in der Gattung des Contractes sich geirrt haben, auch wenn der Eine als mutuum empfängt, was ihm als Depositum gegeben worden ist, oder umgekehrt[362]). Und es

---

354) So schon Heraldus, de rerum iudicatarum auctoritate lib. II. cap. 23. §. 7. in Ottonis thes. tom. II. p. 1270. Boehmer, doctr. de actionibus lib. II. cap. 5. §. 32. not. k. Glück a. a. O. Th. 13, S. 200.

355) L. c. p. 101.

356) De causis obligationum diss. III. cap. 2—5.

357) Vgl. Püttmann, adversariorum iuris universi lib. II. cap. 4. p. 57—66; Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 12, S. 33—43. Der Name condictio de bene depensis findet sich nur in den glossae nomicae in Ottonis thes. tom. III. p. 1755. In den Basilikenscholien heißt die Klage ὁ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος κονδικτίκιος. Schol. ad Bas. 23. 1. ed. Fabr. tom. III. p. 264, 265, 266, 268, 269, 276, 279, 281.

358) L. 11. §. 2. D. de rebus creditis (12. 1.) mit den Scholien Bas. tom. III. p. 262.

359) L. 12. D. 12. 1. vergl. mit Bas. tom. III. p. 263.

360) L. 13. pr. D. 12. 1. vergl. mit Bas. tom. III. p. 265.

361) Bas. tom. III. p. 266.

362) Bas. tom. III. p. 276.

galt überhaupt als eine allgemeine Regel, daß die condictio de bene depensis in allen Fällen stattfindet, in welchen eine Klage aus dem beabsichtigten Geschäfte entstanden sein würde, wenn das Eigenthum der Geldstücke an den Empfänger übertragen worden wäre[363]). Doch bezog man diese Regel nur auf solche Geschäfte, in welchen der Geber die Absicht hatte, sich dem Empfänger verbindlich zu machen, nicht aber auf Zahlungen, welche in der Absicht geschehen, eine Verbindlichkeit zu erfüllen[364]). Zur Begründung der Klage ist es nothwendig, daß der Empfänger die an ihn übertragenen Geldstücken verwendet habe[365]). Denn da das Eigenthum derselben nicht durch die Uebertragung auf ihn übergegangen ist und die Condictionsformel auf dare oportere geht, also die Uebertragung des Eigenthums voraussetzt, so muß ein besonderer Condictionsgrund hinzutreten, d. h. die Aufzehrung des fremden Eigenthums, welche in ihrer Wirkung auch von den Pandektenjuristen der giltigen Zahlung gleichgesetzt wird[366]). Der Name der Klage ist daher entstanden, daß man das bene dependere (καλὸν δαπάνημα) auf diesen, erst später hinzutretenden Obligationsgrund bezog. Daher berichtet Stephanus[367]) ausdrücklich, daß man diesen Ausdruck nicht auf die Verwendung des Empfangenen zum Nutzen des Empfängers, sondern vielmehr auf dessen Gesinnung bei der Verwendung zu beziehen habe. In dieser Beziehung wird auch seine facti ignorantia berücksichtigt, und mit der Verwendung selbst in Verbindung gebracht[368]). Püttmann[369]) hält die vorliegende Klage für eine actio mutui utilis und bezeichnet demgemäß die Condictionsfälle, aus welchen sie entspringt, mit dem Namen promutuum.

XIII. Condictio ex suffragio[370]) heißt bei den neueren Rechtsgelehrten die aus dem contractus suffragii entspringende Klage. Suffragium heißt in der weitern Bedeutung Verwendung, Fürsprache, Empfehlung; im engeren Sinne, welcher in den juristischen Rechtsquellen hauptsächlich in Betracht kommt, bezeichnet es den Inbegriff alles dessen, was dem, welcher für Jemand sich verwendet, zur Vergeltung und Belohnung entweder hingegeben oder versprochen wird[371]). Aus dieser, namentlich in den Gesetzen der späte-

---

363) Bas. tom. III. p. 264, 265, 268, 269.
364) Bas. tom. III. p. 269.
365) Bas. tom. III. p. 265, 266, 267, 276.
366) Theoph. paraphr. inst. II. 8. §. 2. ed. Reitz tom. I. p. 312. L. 19. §. 1. D. 12. 1. L. 20. D. 12. 6. L. 56. §. 2. D. de fideiuss. (46. 1.) L. 15. D. de rebus dubiis. (34. 5.) Vgl. Glück a. a. O. Th. 12, S. 38—40.
367) Bas. tom. III. p. 262, 263.
368) Bas. tom. III. p. 263, 268.
369) L. c. p. 62.
370) Literatur: Duarenus in disput. annivers. II. 21. opp. p. 1068. Jacobus Gothofredus ad Codicem Theod. II. 29. ed. Ritter tom. I. p. 255 sq. Glück, Erläuterung der Pandekten, Th. 18, S. 107 — 112.
371) L. 7. pr. C. de advocatis diversorum iudicum. (2. 8.) L. 1. C.

ren Kaiserzeit vorherrschenden Bedeutung haben die neueren Rechtsgelehrten den sogenannten contractus suffragii gebildet. Sie verstehen darunter das Hingeben oder Versprechen irgend einer Sache an Jemand unter der Bedingung, daß derselbe sich für den, welcher die Sache hingibt oder verspricht, bei dem Regenten verwende und ihm seine Angelegenheit empfehle[372]), und rechnen denselben zu den Innominatcontracten. Allein diese Lehre beruht nur auf Mißverständnissen. Zwar hat schon Kaiser Julian die Rückforderung des suffragium[373]) in einem nur für seine Zeit berechneten Gesetze ausdrücklich verboten, und falls das Gegebene dem, welcher sich für den Anderen verwendet hatte, mit Gewalt genommen würde, den, welcher die Gewalt angewendet, bedeutet, das Entrissene zurückzuerstatten und eine gleich große Summe an den Fiscus zu bezahlen. Erst in einem späteren Gesetze der Kaiser Theodosius, Arcadius und Honorius[374]) ist für immer festgesetzt worden, daß alles, was der fremden Fürsprache halber hingegeben worden, nicht wieder zurückgefordert werden könne, und daß Versprechen, welche in gleicher Beziehung gemacht worden sind, erfüllt werden müssen, wenn der beabsichtigte Zweck erreicht worden ist. Bei städtischen und ländlichen Grundstücken soll indeß, außer der gewöhnlichen Abtretungsurkunde, noch die wirkliche Tradition hinzutreten und darüber ein gerichtliches Protokoll aufgenommen werden. Die aus einem solchen Contracte entstehende Klage wird in der Titelüberschrift des Theodosischen Codex, si certum petetur de suffragiis (2. 9.) als condictio si certum petetur bezeichnet, wenn schon im Justinianischen Codex, de suffragio (2. 3.) die Klage nicht genauer bezeichnet wird. Jedenfalls bezieht sich dieselbe auf den Fall des Versprechens einer bestimmten Sache in der Form der stipulatio, da ja schon nach dem classischen Pandektenrechte die certa stipulatio die oben genannte Klage erzeugt[375]). Die Aufnahme dieser Constitution in den Justinianischen Codex hat jedenfalls die Veranlassung dazu gegeben, einen neuen Contract dieses Namens zu erdichten, was um so leichter geschehen konnte, da im ersten Paragraph dieser Constitution die Worte et contractus habebit firmitatem vorkommen. An einen Innominatcontract der Art, wie ihn die Neueren annehmen, ist aber um so weniger zu denken, da nur die condictio si certum petetur aus einem solchen Geschäfte entsteht und von einer actio praescriptis verbis, welche auf Erfüllung des Contractes angestellt werden könnte, nirgends die Rede ist.

Helmbach.

---

de off. mag. off. (1. 31.) L. 1 u. 2. Theod. Cod. 2. 29. Vgl. Pancirolus, variarum lectionum lib. I. cap. 77.; Jacob. Gothofredus l. c. tom. I. p. 252.

372) Vgl. Glück a. a. O. Th. 18, S. 108.

373) L. 1. C. Th. 2. 29. Ammian. Marcellin. hist. 22. 6. Vgl. Gothofredus l. c. tom. I. p. 256.

374) L. 2. C. Th. 2. 29.

375) L. 24. D. de rebus creditis. (12. 1.)

Confirmation (Firmung, Firmelung) ist diejenige heilige Handlung, durch welche der Taufbund bestätigt wird [1]).

In der Kirche wurde gleich Anfangs der Getaufte nach dem Untertauchen durch Gebet und Handauflegen geweiht [2]). Dabei ward auch zeitig Salbung angewendet [3]). Mit der Taufe, welche bis gegen Ende des zweiten Jahrhunderts nur bei Erwachsenen nach vorhergegangenem Unterrichte vollzogen wurde [4]), war die Ablegung eines Glaubensbekenntnisses verbunden. Seit aber die Kindertaufe aufkam, erschien eine Nachholung des eignen Glaubensbekenntnisses zur Bestätigung des Taufbundes (confirmatio baptismi) erforderlich. Dazu kam, daß, da seit der Entwicklung des Episkopats den Bischöfen als Nachfolgern der Apostel allein die Handauflegung mit der Wirkung der Mittheilung des heiligen Geistes (s. Anm. 2) beigelegt wurde, Presbyteren jedoch mit dem Consense des Bischofs die Taufe ertheilen durften, diese aber nur ohne manus impositio vollziehen konnten, die letztere nachträglich vom Bischofe erfolgte, und dann, daß die Taufe der Häretiker durch dieselbe Weihe bestätigt werden mußte [5]). So erschienen denn nun Taufe und Handauflegung als zwei gesonderte heilige Acte, welche man bereits im dritten Jahrhunderte als zwei Sacramente, die einem Christen nöthig seien, betrachtete [6]). Indessen folgte doch häufig die

---

1) Vergl. C. 1—10. dist. V. de consecratione. C. un. §. 6. 7. X. de sacra unctione. (1, 15.) Conc. Trident. sess. VII. de confirmatione. Catechism. Romanus P. II. de confirmationis sacramento. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. II. c. 23. n. 3, 9—12, 14, 15; c. 24. n. 4. Bingham, origines lib. XII. c. 1—3. Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christl. Archäologie, Bd. VII, Abth. 2, S. 383 flg. Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkathol. Kirche, Bd. I, Th. I, S. 206 flg. und die bei diesem cit. Lit. Insbesondere s. m. Ziegler, die Feier der heiligen Firmung in der kathol. Kirche (Wien 1817, 8.), und Brenner, geschichtliche Darstellung der Verrichtung der Firmung von Christus bis auf unsere Zeit, mit besonderer Rücksicht auf Teutschland und besonders auf Franken (Bamberg und Würzburg 1820, 8.), verb. mit Desselb. kathol. Dogmatik, Bd. III. (Frankf. a. M. 1829) S. 142—168. H. W. Bödeker, über Confirmation und Confirmandenunterricht. Göttingen 1823, 8. — Evangelische Kirchenzeitung, Jahrg. 1837, Bd. II, Nr. 57—60.

2) Apostelgesch. VIII. 15 flg. XIX. 5. 6. (vergl. Cyprian, epist. 73.) Doch erfolgte die Handauflegung nicht stets. Man s. z. B. Apostelgesch. II. 38. 39. XVI. 15. 31 flg. u. a.

3) Tertullian de baptismo c. 7. 8. vergl. Constitt. Apostol. lib. III. c. 16. VII. c. 44.

4) Zur Zeit Tertullian's wurde die Kindertaufe üblich. Er selbst erklärte sich dagegen (s. de baptismo c. 18). Dafür aber Cyprian (epist. 51. 66.) nach dem Schlusse einer karthagischen Synode v. 256 u. A.

5) Cyprian epist. 70 sq.

6) Cyprian epist. 72: Tunc enim demum plane sanctificari et esse filii Dei possunt, si sacramento utroque nascantur, zusammenhängend mit der karthag. Synode von 256 (s. Cypriani opera ed. Oxoniae p. 159. Mansi coll. Concil. I. 953), auf welcher Nemesianus erklärte: Male sibi quidam interpretantur, ut dicant, quod per manus impositionem spiritum sanctum accipiant ac sic recipiantur, cum manifestum sit utroque sacramento debere eos renasci in ecclesia catholica.

Confirmation sogleich auf die Taufe[7]) und wurde erst später eine ganz selbstständige Handlung, bei welcher bald die Salbung mit geweihtem Oele (Chrisma) als wesentlich erschien (daher heißt die ganze Handlung chrisma), bald die Handauflegung (daher χειροθεσία, manus impositio für Confirmation)[8]). Die griechische Kirche hat die Confirmation, jedoch in Verbindung mit der Taufe, beibehalten, die katholische Kirche hat sie davon gesondert als Sacrament anerkannt, die evangelische Kirche dieselbe, jedoch ohne ihr die sacramentalische Eigenschaft zuzugestehen, recipirt.

Die katholische Kirche unterscheidet bei der Confirmation

1) das sacramentum im eigentlichen Sinne (materia und forma), und fordert die Auflegung der Hände, die Salbung mit dem Chrisma und die Anwendung der Formel: signo te signo crucis et confirmo te chrismate salutis in nomine patris, filii et spiritus sancti[9]). Ueber die Bedeutung und das gegenseitige Verhältniß der Handauflegung und Salbung beim Sacramente sind die Meinungen getheilt[10]), indem bald vereinzelt eine Handlung als essentiell erachtet[11]), bald deren Verbindung gefordert wird[12]). In der griechischen Kirche erfolgt eine doppelte Salbung, vor und nach der Taufe, und die Handauflegung bleibt meistens fort[13]).

Eine allgemeine gesetzliche Bestimmung wegen des Alters des Confirmanden besteht nicht. Nachdem die Trennung der Firmung von der Taufe üblich geworden, genügte Anfangs ein geringer Zwischenraum[14]), doch ward auch bald ein höheres Alter vorausgesetzt, da die Beichte vorhergehen sollte[15]). Seit dem 13. Jahrh., da im All-

---

7) Beispiele aus dem 9. und 10. Jahrhundert geben verschiedene Ritualbücher, bei Martene, tract. de antiqua ecclesiae disciplina (ed. Lugduni 1706, 4.) p. 424, 427, 431, 440, 446.

8) Man vergl. die Belege bei Gonzalez Tellez ad c. 4. X. de rescriptis (1. 3.) Nr. 4. — Der teutsche Ausdruck Firmung findet sich seit dem 10. Jahrhundert. (Graff, althochteutscher Sprachschatz, Bd. III, S. 695.)

9) C. un. §. 7. X. de sacra unctione. (1. 15.) Catechism. Rom. cit. Nr. VI—IX. Ueber die einzelnen dabei üblichen Riten enthalten die Schlüsse der Particularsynoden (s. unten cit.) u. s. w. das Nähere. Gebräuchlich war auch um dem Gefirmten ein Denkzeichen zu geben (s. Catech. Rom. cit. 20. in fin.), und gewissermaßen als Zeichen der Wehrhaftmachung ein Backenstreich. (s. Reyscher, Symbolik des german. Rechtes, S. 47. Dazu vergl. man auch Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes, I. 1. Anh. Nr. XXXIII u. XXXIX.)

10) Andreas Gau, de valore manuum impositionis atque unctionis in sacramento confirmationis, diss. hist. dogm. Coloniae 1832, 8. Binterim a. a. O. S. 211 flg.

11) So z. B. das Concil von Mainz von 1549, c. 18, die Salbung (Hartzheim T. VI. fol. 569).

12) Dafür Gau l. c. §. 6.

13) Cyrillus, catechis. mystag. II. §. 3. Vgl. Constit. Apostol. III. 16. VII. 22. — Cyrillus cit. III. 1. Constit. Apost. VII. 44.

14) So der von 8 Tagen nach Rhaban. Maurus (a. 847) de institut. cleric. lib. II. c. 36.

15) Concil. Aurelian c. 3. (aus Capit. Herardi Turon. c. 75. a. 858.) in c. 6. dist. V. de consecr.

gemeinen die Communion ganz junger Kinder abgeschafft[16]) und für den Beichtenden wenigstens das 10. oder 12. Jahr gefordert wurde[17]), wurde für Confirmanden das 7. Jahr ziemlich allgemein üblich[18]) und durch den römischen Katechismus anerkannt, obgleich dieser das 12. Jahr abzuwarten empfahl[19]). Hierauf mußte um so mehr Rücksicht genommen werden, als darauf gedrungen wurde, daß Niemand ohne vorhergegangenen religiösen Unterricht zur Firmung zuzulassen sei[20]). Da aber die heilige Handlung oft in einem sehr späten Alter erfolgt, so ist eine von der Firmung verschiedene, nach ertheiltem Religionsunterrichte angewendete Einsegnung oder Prüfung in der katholischen Kirche üblich, von welcher die Zulassung zum heil. Abendmahle u. s. w. abhängt[21]). Auch bestimmen neuere Staatsgesetze, daß Niemand vorher zu einem Gewerbe, zur Eingehung der Ehe u. s. w. zugelassen werde[22]). Rücksichtlich der Zulassung zum heiligen Abendmahle, der Einsegnung der Ehe und der Uebernahme einer Pathenstelle ist bisweilen dasselbe in Beziehung auf die Firmung vorgeschrieben worden[23]).

---

16) S. Gieseler, Kirchengesch. Bd. II, Abth. II, §. 77, Note f.

17) Für das 10. Jahr Synodus Colonien. a. 1281, c. 5 (Hartzheim, Conc. Germ. T. III. 661), für das 12. Synod. Leodiensis a. 1287, c. 3. (eod. III. 686), Statuta synod. dioec. Tornacensis a. 1520, c. 2. synod. Cameracens. a. 1550, tit. 6 (eod. VI. 153. 694).

18) Synod. Colon. a. 1281, c. 5. Cameracens. a. 1550, tit. 3 (s. vorige Anmerk.).

19) Catechism. cit. P. II. Nr. 15. vergl. Synod. Paderborn. a. 1688, tit. 3 (Hartzheim Conc. Germ. T. X. 149). Synod. Culmens. a. 1745, c. 16 (eod. fol. 530).

20) Auf genügenden Religionsunterricht achten hierbei die Synoden seit dem 16. Jahrh. (m. s. z. B. Synod. Constantiens. a. 1567, tit. IX. c. 3 (Hartzheim, Conc. Germ. VII. 481), Synod. Gandav. a. 1571, tit. IV. c. 3 (eod. 678), und besonders die neuesten Gesetze. M. s. z. B. die Synodalstatuten von Pomerellen aus dem Jahre 1819, Cap. III. (in Jacobson, Gesch. des preuß. Kirchenrechtes, I. 1. Anh. S. 203), die mainzer V.-O. v. 5. März 1836, erneuert in den Diöcesanstatuten für das Bisthum Mainz §. 41. (Mainz 1837, 8.), römisch-katholischer Katechismus für das Bisthum Culm (Culm 1836, 8.), Nr. 268, S. 62.

21) Man s. das Edict des Bisthums Münster vom 11. Oct. 1739, von 1768, und die Schulordnung vom 2. Sept. 1801. Raßmann, Verordnungen und Bekanntmachungen der Regierung zu Münster (Münster 1838, 8.), S. 11, 12.

22) S. z. B. das Rescript des preuß. geistlichen Ministeriums vom 20. Januar 1820. Vergl. die in Anmerkung 20 cit. Statuten von Pomerellen; desgleichen die Verordnung für Schlesien v. 29. Juli 1832 (v. Kamptz, Annalen, Bd. XVI, S. 935 flg.). S. auch das Gesetz über das Elementarvolksschulwesen im Königreiche Sachsen vom 6. Juni 1835, §. 26 (in der allgem. Schulzeitung, Juli 1835, Nr. 117 flg.), vergl. mit den Vorschriften bei v. Zobel, Materialien zur künftigen Bearbeitung des Kirchenrechtes im Königreiche Sachsen, Heft I, S. 18—22.

23) Synod. Lambitensis a. 1281, c. 4. Gandavensis a. 1571, tit. IV. c. 3 (Hartzheim, Conv. Germ. T. VII. 678). Synod. Bituricens. a. 1584, tit. XX. c. 7. u. a.

Da die Firmung Anfangs zugleich mit der Taufe oder bald nach derselben erfolgte, so war die Zeit der Ertheilung meist der zweite Ostertag oder der Sonntag nach Ostern (Quasi modo geniti, dominica in albis) (vergl. Anm. 14.). Später wurden auch die Quatemberfasttage (dies ieiuniorum quatuor temporum) dazu benutzt. Diese bestimmte unter Anderem die unter dem Erzbischofe Maximilian Heinrich im Jahre 1662 gehaltene cölner Synode[24]). Nachdem dieselben wieder außer Gebrauch gekommen, wurden sie durch das Rundschreiben des Erzbischofs Ferdinand August von Spiegel vom 14. März 1829 hergestellt[25]). Sonst ist auch das Pfingstfest allgemein dazu bestimmt[26]). Die Tageszeit selbst ist der Vor-, oder auch der Nachmittag, jedoch gewöhnlich unter der Voraussetzung, daß die Confirmanden vor Empfange des Sacraments fasten[27]). Damit aber in der ganzen Diöcese die Firmung zur Zeit erfolgen könne, sind auch deshalb besondere Anordnungen getroffen worden. So schrieben bereits die Capitularien vor, daß die Bischöfe jährlich zu diesem Behufe die ganze Diöcese bereisen sollten[28]). Aehnliche Festsetzungen sind später öfter gegeben worden[29]). Das Sacrament wird in der griechischen Kirche von einem Presbyter, in der katholischen nur von einem Bischofe, als ordentlichem minister, verwaltet[30]).

Bei den Griechen blieben Taufe und Firmung zwei verbundene Acte, welche von demselben Geistlichen verwaltet wurden. Dieser war aber regelmäßig ein Bischof oder Presbyter, wie dieß die apostolischen

---

24) P. II. de sacramentis tit. IV. §. 4 (bei Hartzheim, Conc. Germ. T. IX. fol. 971).

25) Sammlung der wichtigsten allgemeinen Verordnungen und Bekanntmachungen der Erzdiöcese Cöln (Cöln 1837, 8.), S. 105.

26) Dafür erklärt sich besonders der römische Katechismus l. c. Nr. XX. Ut in Pentecoste praecipue hoc sacramentum administraretur, quod hoc maxime die Apostoli Spiritus sancti virtute roborati et confirmati sint. Vergl. Synod. Constant. a. 1567, tit. IX. cap. VI. (Hartzheim, Conc. Germ. VII. 482.)

27) S. Petr. Lombard. sententiar. lib. IV. dist. VII. — Synod. Paderborn. a. 1688, P. II. tit. III. §. 6 (Hartzheim, Conc. Germ. X. 150).

28) Vergl. Capit. I. Caroli M. a. 769, cap. 7, 8. (ed. Baluzius I. 191. 192.; ed. Pertz, monum. Germ. III. 33.) Vergl. Capitul. lib. VII. cap. 129, 130.

29) So verordnet eine Synode zu Würzburg v. 1287, Cap. 27 (Hartzheim, Conc. Germ. III. 731.), da sich Leute in einem Alter von 60 Jahren fänden, die noch nicht gefirmt seien, daß während eines oder zweier Jahre die Firmung in der ganzen Diöcese stets verwaltet werden solle. Eine Synode zu Salzburg von 1569, constit. XLIV. cap. 1 sq. (Hartzheim VII. 347.), bestimmte, daß in der ganzen Provinz in größeren Diöcesen alle 4, in kleineren alle 2 Jahre die zur Firmung nöthigen Reisen beendet werden müßten. — Uebrigens kann auch während des Interdictes gefirmt werden. C. 43. X. de sententia excomm. (5. 39.) (Innoc. III. a. 1208.)

30) S. Morinus, de sacram. confirmationis cap. XVI. — Lucae Holstenii diss. de ministro confirmationis. Vergl. Leben des Gelehrten Lucae Holstenii (Hamburg 1723, 8.) S. 55 flg. — Benedict XIV. de synodo dioecesana lib. VII. cap. VII—IX. Binterim a. a. O. S. 218 flg.

Canones erklären[31]); daher ward auch später stets den Presbyteren die Firmung gestattet, und dieß im Oriente überhaupt anerkannt[32]). Da die lateinische Kirche davon abwich, wie gleich näher auszuführen ist, verordnete Innocenz IV. im Jahre 1254, daß bei den unirten Griechen in Italien nur die Bischöfe firmen sollten[33]). Bei der Union mit den Griechen auf dem Concil zu Florenz im J. 1439 blieb dieser Gegenstand unerörtert[34]); dagegen bestimmte Clemens VIII. in der Instructio super aliquibus ritibus Graecorum pro episcopis Latinis vom 31. August 1595[35]), daß die von griechischen Presbyteren gefirmten Griechen oder Albanesen von lateinischen Bischöfen nochmals, jedoch mit einer bedingten Formel: si non confirmatus est, ego te confirmo gefirmt werden sollten. Diese Vorschrift erkannte die Congregation der Cardinäle vom 29. März 1601 als eine feste Norm an. Indessen haben die Griechen selbst von ihrem bisherigen Grundsatze nicht abgelassen.

In der katholischen Kirche wurde dagegen schon frühzeitig angenommen, daß die Bischöfe als Nachfolger der Apostel bei diesem Sacramente wirkten[36]); dennoch gestatteten mehrere Synoden des 5. und 6. Jahrhunderts auch den Presbyteren, besonders im Auftrage des Bischofs, zu firmen[37]). Auch ertheilte der römische Bischof Gregor I. mehreren Presbyteren die Erlaubniß[38]); doch ward die Regel aufrecht erhalten und sowohl durch das gemeine kanonische Recht[39]), als durch Particularsynoden[40]) anerkannt, und daher auch im 9. Jahrhunderte beson-

---

31) C. 49. (c. 79. dist. IV. de conscr.) c. 50. — Nach Morinus und Holstenius (vor. Anm.) selbst mitunter Diaconen.

32) So bei den Abyssiniern, Maroniten, Syrern, Jacobiten (s. Binterim a. a. O. S. 217 u. 218, o.)

33) Definitio articulorum quorundam circa ritus Graecorum §. 3. Nr. 4. (Bullarium Roman. T. I. fol. 100.) — In dem Mandate für seinen Vicar in Constantinopel v. J. 1199 hatte Innocenz III. nur den lateinischen Priestern die Firmung verboten (c. 4. X. de consuetud. (1. 4.)). Den Zusatz: Latinis, hatte Reymundus weggelassen. Gonzalez Tellez und die späteren Editoren haben aus dem Original dasselbe i. p. d. restituirt.

34) Wegen der Armenier wurde aber auch auf das Recht des Bischofs gedrungen. M. s. die Constitution Eugen's IV. vom 22. Nov. 1439, §. 11 (Bullar. Magn. T. III. fol. 339).

35) Bullarium Magnum T. III. fol. 52.

36) S. Augustin, de trinitate lib. XV. c. 26. — Innocens I. epist. XXV. ad Decent. Eugubin. §. 6 (Schoenemann, epistola pontificum. Rom. I. 608).

37) C. 2. Concil. Barcinonens. c. 1. 2. Conc. Arausican. a. 441. (c. 125. d. IV. de consecr.) c. 16. Conc. Epaonens. a. 517. c. 52. Martini Bracar. a. 572. (c. 124. d. IV. de consecr.) (s. Thomassin l. c.). Diese Stellen werden aber zum Theil abweichend gedeutet (s. Thomassin cit., vergl. Binterim a. a. O. S. 222 flg.).

38) Lib. III. epist. 26. a. 594: Si omnino hac de re aliqui contristantur, ubi episcopi desunt, ut presbyteri etiam in frontibus baptizatos (al. leg. baptizandos) chrismate tangere debeant, concedimus (c. 1. dist. XCV).

39) C. 4. X. de consuet. (1. 4.) s. Anm. 33. C. un. §. 7. X. de sacra unctione (1. 15.) (Innocent. III. a. 1204).

40) Concil. Hispalense a. 619. c. 7. — Wegen den älteren teutschen

ders den Chorbischöfen diese Befugniß entzogen[41]), und durch das tridentinische Concil[42]) das Anathem ausgesprochen: si quis dixerit, sanctae confirmationis ordinarium ministrum non esse solum episcopum, sed quemvis simplicem sacerdotem —. Extra ordinem, jedoch nur mit besonderem Consense des Papstes, kann darum aber auch einfachen Priestern die Ertheilung dieses Sacraments bewilligt werden[43]).

Der Bischof soll eigentlich vor der Firmung fasten[44]), doch ist diese Bestimmung nicht allgemein praktisch geworden.

Wie bei der Taufe, werden auch bei der Firmung Pathen zugezogen[45]). Sie sollen von demselben Geschlechte mit dem Confirmanden und nicht jünger als dieser, auch selbst gefirmt[46]) sein. Da die Firmung eine cognatio spiritualis zwischen dem Firmenden und Zeugen mit dem Gefirmten und dessen Eltern erzeugt, so dürfen insbesondere die Eltern selbst eine Pathenstelle nicht übernehmen. Früher wurde, wenn dieß geschehen war, wegen der cognatio superveniens die Ehe getrennt[47]). Auch ist Regularen gewöhnlich untersagt, Firmpathe zu werden[48]). Außer den allgemeinen Pflichten haben die Pathen besonders die zur Bedeckung der gesalbten Stirne erforderliche

---

Vorschriften s. m. folg. Anm. — Synod. Coloniens. a. 1281. c. 5. (Hartzheim, Conc. Germ. III. 661). — Concil. Herbipolense a. 1330. c. 2. (eod. IV. 311.) verbietet den Presbyteren auch auf dem Todesbette Jemand zu firmen. Vergl. Conc. Herbipol. a. 1446 (eod. V. 316) u. a. m.

41) Das Concil zu Riez von 434, c. 3. (Hardouin Coll. Conc. I. 1750.) gestattete dem Chorbischofe Armentarius noch die Firmung (s. d. Art. Chorbischof, Anm. 23). Im 9. Jahrh. wurde dieß aber verboten (s. Leo III. ep. 88). Doch sind die angeblich ins J. 799 flg. gehörigen Festsetzungen (Baluzius, Capitul. I. 327 sq. Hartzheim, Conc. Germ. I. 341. 342. Pseudo-Isidoriana (s. Kunst, de Benedicti levitae collectione, in Pertz, Monum. Germ. T. IV. App. fol. 32, 33). Vergl. c. 4. dist. V. de consecr. (Pseudo-Eusebius P. III.) Dagegen ist die Constit. Wormatiensis a. 829. c. 6. (Pertz Monum. I. 335) entscheidend.

42) Sess. VII. de confirm. can. 3. vergl. Catechism. Rom. cit. Nr. X. XI.

43) S. Anm. 38. Auf solche Dispensen bezieht sich ausdrücklich Eugenius IV. Anm. 34 cit. Beispiele gibt auch Binterim a. a. O. S. 226, 227.

44) C. 6. 7. dist. V. de consecr. M. s. auch die Festsetzung einer Synode zu Meaux bei Burchard. Wormat. decret. lib. IV. cap. 67. Vgl. Thomas Aquin. quaest. LXXII. art. 12.

45) M. s. bes. Catech. Rom. cit. Nr. XII. und Synod. Colonien. a. 1652, P. II. tit. IV. cap. III. §. 1—10. (Hartzheim, Conc. Germ. IX. 973 sq.)

46) C. 102. d. IV. de consecr. (Capit. Theodori c. a. 680.)

47) Capitul. lib. V. c. 7. (aus dem Capit. Compendiense a. 757, c. 15. Pertz, Monum. Germ. I. 28.) c. 1. §. 1. de cognat. spirit. in VI. (6. 3.) Synod. Trevir. a. 1310, c. 115. (Hartzheim T. IV. 153). Synod. Tornacens. a. 1520, c. 2. (eod. VI. 153). Im Catech. Rom. l. c. n. XII. heißt es nur: legitima nuptiarum foedera impedit.

48) S. die Anm. 45 cit. cölner Synode. Synod. Augustana a. 1567, P. II. c. 4. (Hartzheim T. VII. 168). Synod. Pragens. a. 1605, c. 17. (Hartzheim T. VIII. 700) u. a.

Firmbinde zu liefern, welche erst nach vollständigem Trockenwerden abgenommen werden darf.

Bei der Eintragung der heiligen Handlung ins Kirchenbuch sind außer dem Namen der Eltern und des Gefirmten selbst[49]) auch die der Pathen aufzuzeichnen.

2) Die res sacramenti ist die Stärkung des Confirmanden im Glauben, die Erneuerung und Erhöhung der durch die Taufe erlangten Gnade[50]). Eben darum erklärt die Kirche den Empfang des Sacraments für höchst wünschenswerth, jedoch nicht für unumgänglich nothwendig, und hat daher die Ansicht derer verworfen, welche den christlichen Charakter davon abhängig machen[51]).

3) Res et sacramentum simul ist der character indelebilis, den der Gefirmte erhält, so daß eine Wiederholung des Sacraments unzulässig ist[52]).

In der evangelischen Kirche wurde die Firmung als eine sacramentalische Handlung nicht beibehalten. Luther erklärte sich bereits im J. 1519 in der Schrift von der babylonischen Gefangenschaft der Kirche[53]) theils schlechthin gegen die sieben Sacramente der Katholischen, theils und besonders gegen die Annahme einzelner. So verwarf er denn ausdrücklich die Firmung, welche blos erfunden sei, um den wenig beschäftigten Bischöfen etwas zu thun zu machen. In der Apologie der augsburgischen Confession, Art. 7., wird dann von der Confirmation (und letzten Oelung) erinnert, es sei eine „Ceremonie, welche von den alten Vätern herkommen, welche auch die Kirche niemals für nöthig zur Seligkeit geachtet hat: denn sie hat nicht Gottes Befehl noch Gebot u. s. w.“[54]). Bei den Verhandlungen wegen des regensburger

---

49) Der Name desselben kann bei der Firmung geändert werden. Synod. Leodiens. a. 1287, c. 3. n. 3. (Hartzheim III. 686). Synod. Cameracens. a. 1550, tit. 3. (eod. VI. 694) u. a.

50) Darüber viele Aussprüche in den oben genannten Synoden. Insbesondere vergl. man Catech. Rom. 3. Nr. XVII sq.

51) S. Catechism. Roman. cit. Nr. XIV: Inprimis docendum est, hoc sacramentum eiusmodi necessitatem non habere, ut sine eo salvus quis esse non possit. — Die Synodus Pataviens. a. 1284, c. 19. (Hartzheim Conc. Germ. III. 676.) hatte erklärt: Quicunque ex negligentia vel contemtu sacramentum confirmationis non requirit, non erit de numero salvandorum, und die Glosse zum c. 1. §. 1. de cognat. spirit. in VI. ad. v. frontis: Sine sacramento confirmationis non dicitur quis vere Christianus. Bei der Correctur des Corpus iur. can. und der Censur der Glosse bestimmte man, daß, statt des Wortes vere, plene gesetzt würde. Die editio Romana behielt jedoch die Glosse bei, und fügte nur die Randbemerkung hinzu: Melius dixisset plenus Christianus, quam verus Christianus: ut habet textus, quem citat in cap. 1. de consecr. dist. V. — Den Ausdruck plenus Christianus hatte auch eine regensburger Synode von 1512 (Hartzheim V. 96.), und eine cölner von 1536, P. VII. c. 8. (eod. fol. 280) recipirt.

52) C. 9. dist. V. de consecr. (Gregor. II. a. 726). c. 8. eod. (Concil. Cabillon. a. 813). Conc. Trid. sess. VII. de sacramentis in genere. can. 9. Catechism. Rom. cit. Nr. XIX. 4.

53) In Luther's Werken, jenaer lat. Ausg. T. II. fol. 259 sq.

54) Dagegen ist auch Anfangs Calvin (instit. rel. christ. IV. 19. §. 11.), indem er sie abortivam sacramenti larvam et iniuriam baptismi nennt.

Interims im J. 1541 kam man wieder auf diesen Gegenstand und erinnerte: „Wiewohl die Unseren auf Hoffnung der Concordie der Gebräuche der Confirmation und Oelung der Kranken halben nicht streiten, so ist doch vonnöthen, dieß zu erinnern, daß die Beschreibung, welche das Buch (nämlich der Aufsatz der Katholiken, welcher bei den Verhandlungen zu Grunde gelegt war) von einem Sacramente macht, daß es sei ein sichtbar Zeichen einer unsichtbaren Gnade, nicht eigne jenen Gebräuchen, die jetzt confirmatio et unctio geheißen werden, von welchen weder göttlicher Befehl noch Verheißung vorhanden ist“[55]). Auch erklärte man, daß durch die Gleichstellung „dieser geringeren Ceremonien“ mit den übrigen Sacramenten, diese „verdunkelt“ würden. Indem somit die Firmung in ihrer bisherigen Gestalt abgeschafft wurde, ersetzte man dieselbe in anderer Weise. Die Reformatoren drangen nämlich auf einen gründlichen Unterricht der Jugend in der Religion, zu welchem Behufe sie verschiedene katechetische Schriften entwarfen[56]), und wünschten, daß nach der Belehrung die Prüfung und Ablegung eines Glaubensbekenntnisses öffentlich in der Kirche erfolgen möchte, wobei auch der Prediger unter Gebet den Geprüften die Hand auflegen könnte[57]). Da aber keine allgemeine Vorschrift deshalb gegeben ward, erfolgte die Einrichtung nicht sofort überall, auch nicht mit gleicher Form in den evangelisch gewordenen Ländern. Es blieb vielmehr Alles der besonderen Anordnung durch Agenden und specielle Gesetze überlassen[58]). Dergleichen erfolgte in Brandenburg im J. 1540, in Hannover 1542, Straßburg 1548, Mecklenburg 1552, Pommern 1563 u. s. w.[59]). Bis zur Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts war die Confirmation fast überall eingeführt, später kam sie aber wieder ab und wurde dann auf Betrieb einzelner Theologen nach und nach wieder hergestellt, wie im Weimarschen 1699, in Preußen 1718, in Württemberg 1723 u. s. w. Die Gebräuche wurden nun auch übereinstimmender: öffentliche Prüfung, Ablegung des Glaubensbekenntnisses, Handauflegung durch den Geistlichen. (Darnach heißt auch die ganze Handlung Einsegnung.) Die dabei übliche Liturgie ist nach den Agenden abweichend[60]).

Ueberall wird vorhergehender Religionsunterricht gefordert. Die neuere Zeit hat diesem Gegenstande eine vorzügliche Sorgfalt gewid-

---

55) Luther's Werke, hall. Ausg. Th. XVII, S. 880.

56) Ueber diese s. m. besonders Flügge, Geschichte des teutschen Kirchen- und Predigtwesens, Th. II, S. 382 flg. Luther's kleiner Katechismus fand die meiste Anerkennung, erhielt den Charakter eines symbolischen Buches und wurde die Norm für die zahllosen Landeskatechismen bis in die neueste Zeit. Gleich Anfangs wurde er vielen Kirchenordnungen zugefügt.

57) S. Anm. 53, 55. Vergl. Melanthon, loci communes: Utile esset, explorationem et professionem doctrinae fieri et publicam praedicationem pro piis nec ea praedicatio esset inanis.

58) Vergl. Arnkiel, christliche Confirmation der Katechumenen. Schleswig, 4.

59) Flügge a. a. O. S. 400 flg.

60) Man vergl. insbes. die neue preuß. Agende von 1822, S. 51—54.

met, wie die Gesetze verschiedener Länder beweisen[61]). Die Dauer des Unterrichts ist bald auf ein, bald auf zwei Semester festgesetzt, und überdieß in manchen Territorien (wie zum Theil in Preußen, Kurhessen u. a.) bestimmt, daß derselbe auch nach der Einsegnung einige Jahre fortgesetzt werden soll. Damit hängen auch die sogenannten Gebetverhöre, Gebetfahrten u. s. w., Ueberreste der früheren katholischen Senden (Laiensynoden), zusammen[62]).

In der Person des Confirmanden wird ein bestimmtes Alter vorausgesetzt, nämlich ziemlich allgemein das zurückgelegte 14. Jahr, welches auch sonst als Entscheidungs- und Unterscheidungsjahr (annus discretionis) betrachtet wird[63]). Dispensationen davon sollen nur in dringenden Fällen und aus triftigen Ursachen ertheilt werden. Fehlen nur wenige Monate, so dispensirt gemeinhin schon der Superintendent, sonst die höhere Behörde, bald die Regierung oder das Consistorium[64]). Die Einsegnung selbst soll im Allgemeinen in der Kirche erfolgen; die Erlaubniß zu Privateinsegnungen ertheilt das Consistorium, mitunter auch der Superintendent. Die Zeit der Confirmation, von welcher nach der neuesten Gesetzgebung die Prüfung oft getrennt werden soll[65]), beruht auf besonderer Observanz, und ist bald Ostern oder Pfingsten, bald die Zeit um Michaelis, oder auch nach freier

---

61) M. s. z. B. Verordnung des preuß. Ministeriums vom 17. Februar 1821 (bei Haupt, Handbuch über die Religions- — Angelegenheiten im Königreiche Preußen, I. 246, 247, in v. Kamptz Annalen, V. 84. u. a.), durch die einzelnen Consistorien in allen Provinzen des Staates eingeführt. Daran schließen sich viele spätere allgemeine und besondere Gesetze. M. s. Schmidt, der Wirkungskreis und die Wirkungsart der Superintendenten (Quedlinburg und Leipzig 1837, 8.), S. 128. Jacobson, Geschichte der Quellen des Kirchenrechtes des preuß. Staates, Th. I, Bd. II, (Königsberg 1837, 8.) Anhang, Nr. CXIV, CXIX, CXXI, CXXXV, CXXXVI u. a. Wegen des Königsreichs Sachsen s. m. Weber, Handbuch des sächs. Kirchenrechtes, Bd. II, Abth. 1, S. 154; wegen des Herzogthums Nassau: Otto, Handbuch des nassauischen Kirchenrechtes, §. 25 flg.; wegen des Kurfürstenthums Hessen: Ledderhose, Versuch des hessen-casselschen Kirchenrechtes, herausgeg. von Pfeiffer, §. 149, in Verbindung mit den Nachweisungen in der evang. Kirchenzeitung 1836, Nr. 62; wegen des Großherzogthums Hessen: die Instruct. vom 8. Januar 1834 (in der allgem. Kirchenzeit. 1834, Nr. 29), und Linde, Uebersicht des gesammten Unterrichtswesens im Großherz. Hessen, Gießen 1839, 8. u. a. m.

62) So in Preußen. M. s. Jacobson, cit. Geschichte, Bd. II, S. 38, 118, Anhang, Nr. LXXIX, S. 168. Ueber eine ähnliche Einrichtung in Curland s. m. Waltmann, Beschreibung einer Reise nach St. Petersburg. Hamburg 1833, 8.

63) Vergl. Conclusum Corporis Evangelicorum vom 22. April 1752. (s. Stud, Abhandlungen aus dem teutschen Staats- und Lehnrechte. Halle 1757, 8. Nr. 1.). Wegen des 14. Jahres s. die Anm. 61 cit. Stellen. In Schwedisch-Pommern wird für Mädchen das 12. Jahr verlangt, im Hildesheimschen das 13., in Sachsen-Hildburghausen auf dem Lande ebenso das 13., in Bayern das 15. Jahr.

64) S. den Anm. 61 cit. Schmidt, S. 130, 131. Vergl. preuß. Instruct. für die Consistorien vom 23. Oct. 1817, B, §. 2. Jacobson, cit. Gesch. II. Anh. Nr. CXXI.

65) S. preuß. Ministerialrescript vom 29. August 1836 (v. Kamptz,

Wahl des Geistlichen[66]). Das vom Confirmanden abzulegende Glaubensbekenntniß ist gewöhnlich ein von ihm selbst entworfenes. Das bayerische Oberconsistorium hat dagegen durch Rescript vom 17. August 1832 bestimmt[67]), daß nur der wörtliche Inhalt des in den drei Artikeln enthaltenen allgemeinen Glaubensbekenntnisses beibehalten werden dürfe. Rücksichtlich der sonstigen Extreme sind neuerdings verschiedene Mißbräuche abgestellt worden[68]). Die Zuziehung von Pathen ist auch in der evangelischen Kirche üblich.

Die heilige Handlung, im Wesentlichen als Bestätigung des Taufbundes betrachtet, verrichtet im Allgemeinen der competente Pfarrer, weshalb, wenn Kinder aus fremden Parochien angenommen werden sollen, besondere Dimissorialien zu ertheilen sind[69]). Anfangs wurde öfter den Superintendenten die Confirmation übertragen und ist ihnen bisweilen auch später verblieben[70]). In der englischen Episkopalkirche gebührte die Verrichtung dem Bischofe.

Für den Unterricht und die Einsegnung haben die Geistlichen Anspruch auf Gebühren, die Ausstellung der Confirmationsscheine dagegen erfolgt stempelfrei und unentgeldlich[71]). Vom Besitze eines solchen Scheines hängt die Zulassung zum heiligen Abendmahle, die Ausübung eines Gewerbes u. s. w. ab (s. oben Anm. 22).

Zum Schlusse unserer Betrachtung gedenken wir noch der Confirmation bei den Juden[72]).

Nach der Erklärung jüdischer Gottesgelehrten kann die Confirmation der Synagoge nicht als eine Bestätigung, sondern nur als eine

---

Annalen, II. 346). Vergl. Jacobson, cit. II. Anh. Nr. CXIV. (Circ. des Consist. vom 29. Sept. 1836.) vgl. Nr. CXXXVII.

66) S. die vor. cit. Stellen. In der preuß. Rheinprovinz sollte nach Gesetz vom 20. Juni 1820 der Sonntag Exaudi dazu genommen werden. Auf Antrag der Provinzialsynode ist dieß im J. 1837 geändert und die Sonntage zwischen Palmarum bis zum Schlusse des Octobers sind verstattet worden (allgem. Kirchenzeit. 1838, Nr. 30, S. 248).

67) Allg. Kirchenzeit. 1833, Nr. 45, S. 365.

68) So z. B. verbietet die schwarzburg-sondershausensche Verordnung an das Consistorium vom 28. Februar 1839 (allg. Kirchenzeit. 1839, Nr. 43, S. 359, 360) den Unfug der Kleiderpracht bei der Einsegnung.

69) Vergl. preuß. Rescript vom 21. April 1834 (v. Kamptz, Annalen 1835, II. 390), vom 30. Juli 1834 (daselbst 1834, III. 713); Kirchenordnung für Westphalen und Rheinland vom 5. März 1835, Absch. VI. 3. (Rheinwald, acta histor. eccl. 1835, p. 393 sq.) Vergl. auch die Verordnung des Consistoriums von Sachsen-Altenburg vom 8. August 1837 (in v. Kamptz' Annalen, III. 860).

70) S. Flügge a. a. O. II. 406. Eichhorn, Kirchenrecht, I. 746. II. 276. Flügge erklärt dieß aus der Rücksicht auf die katholischen Bischöfe, während Eichhorn meint, es habe dabei vielleicht die Ansicht, daß eine Aufsicht nothwendig sei, mehr Antheil, als die Nachbildung der katholischen Kirchenverfassung.

71) S. Schmidt a. a. O. S. 132.

72) Vergl. Herxheimer, über die synagogische Zulässigkeit und Einrichtung der Confirmation, in der wissenschaftlichen Zeitschrift für die jüdische Theologie, Jahrg. 1835, Bd. I, H. 1, N. 5, S. 68 flg.

Befestigung betrachtet werden: denn nicht das Glaubensbekenntniß, sondern Geburt und Abstammung sind für die Mitgliedschaft der Synagoge entscheidend. Die Beschneidung ist ein äußeres Zeichen der Angehörigkeit. Bei der Entwicklung des Cultus wurde auch eine Confirmation nicht üblich, indem die sogenannte Barmizwa-Feier damit nichts zu schaffen hat. Die israelitischen Mädchen wurden nämlich im 12., die Knaben im 13. Jahre geschlechtsreif[73]) und übernahmen mit diesem Alter, ohne Rücksicht auf vorhergehenden Unterricht, die vollständige Verbindlichkeit, dem jüdischen Gesetze gemäß zu leben. Die Barmizwa (Jüngling des Gesetzes) ist somit die religiöse Mündigkeit, und wurde stets als ein feierlicher Geburtstag begangen. Im J. 1813 wurde zuerst vom israelitischen Consistorium in Cassel das Familienfest zu einer öffentlichen Synagogenfeier erhoben, 1828 in Frankfurt a. M. und seitdem allgemein angenommen[74]). Man bezog sich dabei auf die Nothwendigkeit des religiösen Unterrichtes[75]) und empfahl öffentliche Prüfung, Gelöbniß der Treue gegen Gott und Einsegnung durch die Eltern unter dem Beistande des Religionslehrers.

In einem Rescripte an die Regierung zu Minden vom 25. Mai 1829 hat aber das preuß. Ministerium des Innern diesen Act als eine Neuerung und einen dem Judenthume nicht angehörigen Religionsgebrauch untersagt[76]). Dennoch ist später die Feier in verschiedenen jüdischen Gemeinden Preußens üblich geworden. H. F. Jacobson.

Confiscation besteht im Allgemeinen darin, daß Sachen oder Rechte, welche Jemandem zustehen, eingezogen und zum Fiscus geschlagen werden. Die Confiscation wird theils zur Strafe, theils aus anderen, weiter unten auszuführenden Gründen vorgenommen. Sie kommt unter drei verschiedenen Modificationen vor, indem entweder das gesammte Vermögen einer Person, oder eine bestimmte Quote ihres Vermögens, oder nur einzelne bestimmte Sachen der Confiscation unterworfen werden[1]). Als Strafe gehört die Confiscation zu der Gattung der Vermögensstrafen. Sie unterscheidet sich von den Geldstrafen (mulctae) dadurch, daß bei diesen der Bestrafte zu einer bestimmten Summe Geldes verurtheilt wird, welche als ein persönlicher Anspruch gegen ihn geltend gemacht werden kann, während dagegen die Confiscation mehr in dinglicher Weise mehr gegen das vorhandene

---

73) Talmud, Nidda 45. Maimon, hilih Isehos 2, hilih Nedarim 11 u. A.

74) S. Steinhard, erste Confirmationsfeier, gehalten in der Synagoge zu Hildburghausen. Schleußingen 1835, 8. In Bayern erklärte sich im J. 1836 eine israelitische Synode dafür (s. allg. Kirchenzeit. 1836, Nr. 61, S. 504). In Darmstadt ist gleichfalls 1836 die Confirmation eingeführt (allg. Kirchenzeit. 1836, Nr. 80, S. 656).

75) S. z. B. V. Mos. XXXI, 10. flg. u. a.

76) In v. Kamptz Annalen 1829, II. 294.

1) Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Strafrechtes, §. 93. Wächter, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechtes, §. 103.

Vermögen geht, so daß der Bestrafte, ohne weiteren persönlichen Anforderungen zu unterliegen, nur soweit Vermögen von ihm vorhanden ist, der Strafe unterworfen werden kann. Die Confiscationsstrafe trifft daher diejenigen, die sich desselben Verbrechens schuldig gemacht haben, nothwendig in sehr verschiedener Weise, je nachdem sie mehr oder minder bedeutendes Vermögen besitzen. Wie schon die Benennung der Confiscationsstrafe ergibt, wird das Confiscirte in der Regel mit dem Fiscus vereinigt, indem es diesem anheimfällt. In einzelnen Fällen gereicht aber das Confiscirte nicht der Staatscasse, sondern anderen physischen oder moralischen Personen zum Vortheile [2]). Indessen ist das eine Ausnahme, die einer besonderen rechtlichen Begründung bedarf, da es schon aus der allgemeinen Natur des Strafrechtes, als eines dem Staate zustehenden Rechtes, hervorgeht, daß kein Anderer, als dieser, berechtigt sein kann, die Strafe zu verhängen und die etwaigen Vortheile, welche dieselbe abwirft, zu beziehen [3]). Jedenfalls wird durch die Confiscation Eigenthum und Besitz an den confiscirten Gegenständen aufgehoben. Dadurch unterscheidet sich dieselbe von anderen, gegen Jemandes Vermögen vorgenommenen Maßregeln, welche an und für sich nur als Sicherheits- oder Zwangsmittel dienen sollen, damit er anderen an ihn gemachten Anforderungen genüge [4]). Daß die Confiscation nicht zur Strafe, sondern aus anderen Gründen vorgenommen wird, kommt nur vor bei der Confiscation einzelner bestimmter Sachen. Es kann nämlich nach bestehenden Gesetzen der Besitz einzelner bestimmter Sachen in der Weise verboten sein, daß dieselben schlechterdings gar nicht besessen werden dürfen. Durch ein solches Verbot ist in Beziehung auf diese Sachen ein Confiscationsrecht des Staates gegen Jeden begründet, der sich im Besitze derselben befindet. Ob derjenige, bei welchem die Sachen weggenommen werden, Eigenthümer derselben gewesen oder nicht, kann dabei gar nicht in Frage kommen, da die Sachen durch das Verbot für res extra commercium erklärt und dem Privatverkehre gänzlich entzogen sind, so daß von Niemandem Eigenthumsrechte daran erworben werden konnten. Ebenso wenig kann es, was die Confiscation selbst betrifft, darauf ankommen, ob der Besitzende den Besitz der Sachen im guten Glauben erworben und die Eigenschaft derselben, als verbotener Sachen, nicht gekannt hatte, oder ob er absichtlich und mit Bewußtsein dem Verbote zuwider gehandelt

---

2) Z. B. Nov. 134. cap. 10. R.-P.-O. von 1577, Tit. 18, §. 9. Vgl. überhaupt hierüber Martin, Lehrbuch, §. 98.

3) Martin a. a. O. §. 98.

4) Namentlich vom Arrest und der Sequestration, welche zur Sicherstellung civilrechtlicher Ansprüche verfügt werden, Martin, Lehrbuch des Civilprozesses, §. 242; von der Pfändung, welche von dem Berechtigten zum Schutz im Besitze gegen eigenmächtige Beeinträchtigungen desselben vorgenommen werden darf, Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, §. 123; und von der Vermögensaufzeichnung, adnotatio bonorum, welche gegen einen flüchtigen Inculpaten verhängt wird, um ihm seine auswärtige Subsistenz zu erschweren und ihn dadurch zur Rückkehr zu bewegen, Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, §. 109.

hatte. Zwar kann er durch absichtliche Verletzung des Verbotes noch außerdem Strafe verwirken; allein die Confiscation an und für sich ist auch gegen den in gutem Glauben Besitzenden begründet, da sie gar nicht zur Strafe vorgenommen werden soll, sondern nur um dem Gesetze, welches den Besitz der Sachen schlechterdings verbietet, zu genügen. Daraus folgt auch nothwendig, daß derjenige, dem die Sachen weggenommen werden, gegen den confiscirenden Staat keine gegründeten Entschädigungsansprüche zu erheben im Stande ist. Denn insofern die weggenommenen Sachen für ihn res extra commercium waren, und also von ihm gar keine Rechte daran erworben werden konnten, kann auch gar nicht von einem Schaden die Rede sein, den er durch die Wegnahme derselben erleidet. Der Schaden, der ihm allenfalls zugefügt wird, namentlich wenn er die Sachen titulo oneroso an sich gebracht hatte, würde ihm vielmehr nur von demjenigen angethan worden sein, von dem er die Sachen erhalten, so daß er auch nur gegen diesen seinen Regreß würde nehmen können. Daß der Staat berechtigt ist, Sachen zu confisciren, ohne dagegen zur Entschädigung verpflichtet zu sein, kommt vorzüglich vor bei der Confiscation verfälschter Münzen oder öffentlicher Papiere und verbotener Bücher. Denn insofern nach den bestehenden Gesetzen nur echte Münzen und Papiere besessen werden und in Circulation sein dürfen, sind alle verfälschten in der Weise schlechterdings verboten, daß von Niemandem Rechte daran erworben werden können. Der Staat hat daher unstreitig das Recht, dieselben zu confisciren, wo er sie findet. Derjenige, bei welchem sie weggenommen werden, kann wegen seiner etwaigen Entschädigung nur gegen seinen Vormann, von welchem er die verfälschten Münzen oder Papiere erhalten, seinen Regreß nehmen, dieser wiederum gegen den seinigen, was zuletzt bis zu demjenigen zurückführen muß, der dieselben verfertigt oder zuerst ausgegeben[5]). Ebenso hat der Staat unstreitig das Recht, verbotene Schriften, Bücher oder Bilder bei Jedem zu confisciren, der sich in dem Besitze derselben befindet, ohne dem Einzelnen deshalb zur Entschädigung verpflichtet zu sein. Denn nach dem Verbote konnten von dem Einzelnen gar keine Rechte daran erworben werden, so daß in der Wegnahme derselben gar keine Rechtsverletzung, wegen deren Entschädigung gefordert werden könnte, gefunden werden kann. Das ist der Fall, wenn es bereits bestehenden Gesetzen zuwider lief, daß ein Buch, eine Schrift oder ein Bild überhaupt ins Publicum kam, indem etwa die bestehende Censur gänz-

---

5) Aus politischen Gründen kann es indessen rathsam sein, zum Theil andere Grundsätze zu befolgen, wie z. B. im Königreiche Preußen, ohne Zweifel um das Vertrauen zu dem Papiergelde zu erhalten und die Circulation desselben zu befördern, alles falsche preußische Papiergeld confiscirt, dagegen aber demjenigen, dem es weggenommen wird, die entsprechende Summe in ächtem Papiergelde gegeben wird. Der Strenge des Rechtes nach aber ist derjenige, der in gutem Glauben verfälschtes Geld angenommen, betrogen, wofür er nicht von dem Staate, sondern nur von dem Betrüger Ersatz verlangen kann.

lich umgangen wurde, oder indem der Inhalt von der Art war, daß die Verbreitung desselben nach den bestehenden Gesetzen nicht gestattet werden durfte [6]). Dagegen versteht sich von selbst, daß die Gesetze, durch welche der Besitz unbedingt verboten wird, ebenso wenig als andere Gesetze rückwirkende Kraft haben können. Das Recht des Staates, den Besitz von Sachen zu verbieten, welche vorher besessen werden durften, läßt sich an und für sich nicht bestreiten. Denn wenn aus dem ferneren Besitze dieser Sachen Gefahr für Ruhe und Sicherheit und überhaupt für das gemeine Wohl hervorzugehen scheint, so ist es sowohl das Recht als auch die Pflicht des Staates, diese Gefahr durch das Verbot dieser Sachen zu beseitigen. Allein es ist klar, daß die in dem Bisherigen entwickelten Folgen des Verbotes gewisser Sachen nur in Beziehung auf diejenigen Rechte eintreten können, welche nach dem Erlasse des Verbotes an den Sachen erworben worden waren. Zwar kann sich der Einzelne, der die Sachen vorher erworben, nicht weigern, dieselben herauszugeben, damit dem neuen Verbote Genüge geschehe, allein es ist unverkennbar, daß er das nicht anders, als gegen volle Entschädigung zu thun braucht. Denn insofern er die Sache vor dem Verbote erworben, ist sein Recht an derselben ein wohl erworbenes, welches er nur gegen Ersatz dem allgemeinen Besten zum Opfer zu bringen gezwungen werden kann. Ihm die Sachen wegzunehmen, ohne ihn dafür zu entschädigen, würde nichts Anderes sein, als ein Gesetz mit rückwirkender Kraft in Anwendung zu bringen, was rechtlich immer als unstatthaft erscheint. Vielmehr fällt die Wegnahme von Sachen, deren Besitz vorher erlaubt war, nur unter den Gesichtspunkt des Staatsnothrechtes, dessen Ausübung immer an die Bedingung vollständiger Entschädigung gebunden ist [7]). Wenn daher von Seiten des Staates Bücher verboten oder confiscirt werden, die entweder unter Autorisation der Censur gedruckt waren, oder deren Inhalt nicht von der Art war, daß die Verbreitung desselben nach anderen bereits bestehenden Gesetzen als unstatthaft erscheinen kann [8]), so darf nicht allein der Einzelne, dem sie weggenommen werden, sondern auch der Verleger Entschädigung dafür vom Staate verlangen [9]). Abgesehen von den bisher betrachteten Fällen, in welchen die Confiscation auf einem Gesetze beruht, welches den Besitz gewisser Sachen verbietet, werden mitunter auch Sachen aus dem Grunde confiscirt, weil sie als Mittel zur Begehung von Verbrechen mißbraucht waren, um die Wiederholung dieser Verbrechen unmöglich zu machen, oder wenigstens zu erschweren. Wenn in diesen Fällen die Confiscation nicht ausdrücklich in dem be-

---

6) Z. B. wenn Bücher, deren Volumen eine gewisse Bogenzahl übersteigt, censurfrei sind, und einen unerlaubten Angriff auf den Staat, die Moral oder Religion enthalten.

7) Schmid, Lehrbuch des teutschen Staatsrechtes, §. 52.

8) Die Entscheidung darüber kann möglicher Weise ein Gegenstand richterlichen Urtheiles werden.

9) Vgl. auch Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. X, S. 390.

treffenden Strafgesetze ausgesprochen ist, so daß sie zugleich als Strafe für ein begangenes Verbrechen erscheinen kann, wird sie nothwendig auf solche Sachen beschränkt werden müssen, welche nach aller Wahrscheinlichkeit von dem in Frage stehenden Individuum gar nicht anders, als zur Wiederholung von Verbrechen gebraucht werden können. Und selbst in diesem Falle wird die Confiscation nur gegen Entschädigung vorgenommen werden dürfen. Denn wenn das Recht zur Confiscation weder durch ein Strafgesetz, noch durch ein anderes Gesetz, welches den Besitz der Sache schlechterdings verbietet, begründet werden kann, so ließe sich dieselbe nur durch die Gefahr rechtfertigen, welche daraus, daß das bestimmte Individuum die Sache besäße, für die allgemeine Sicherheit hervorginge. Daher würde sich aus dem Rechte des Staates, diese Gefahr zu beseitigen, immer nur so viel herleiten lassen, daß das fragliche Individuum genöthigt werden könnte, den Besitz dieser Sachen aufzugeben, wodurch aber nicht ausgeschlossen würde, daß dasselbe ein Aequivalent für die Sache erhielte, da hierin keine Gefahr für die bürgerliche Gesellschaft liegen würde[10]). — Wenn dagegen die Confiscation zur wirklichen Strafe vorgenommen werden soll, unterliegt sie zum Theil anderen rechtlichen Grundsätzen. Daß dazu vor Allem erforderlich sei, daß die Confiscation in einem Strafgesetze als Strafe für ein bestimmtes Verbrechen angedroht sei, braucht kaum bemerkt zu werden. In dem römischen Rechte findet sich der Gebrauch der Confiscation als Strafe in sehr ausgedehntem Umfange, indem sie theils auf einzelne bestimmte Sachen, theils auf eine Quote des Vermögens, theils auf das gesammte Vermögen erstreckt wird. Die Confiscation einzelner Sachen kommt vorzüglich vor als Strafe von Zolldefraudationen, indem die defraudirten Sachen, selbst mit Einschluß des Schiffes, in welchem sie gefahren worden, dem Fiscus anheim fielen[11]); die Confiscation einer bestimmten Quote des Vermögens war angedroht in der lex Iulia de vi privata und in der lex Iulia de adulteriis, indem nach jener der dritte Theil, nach dieser die Hälfte von dem Vermögen desjenigen confiscirt wurde, dessen Handlung unter das eine oder andere Gesetz subsumirt werden konnte[12]). Die Confiscation des gesammten Vermögens trat nach römischem Rechte schon von selbst, ohne daß es einer besonderen Androhung bedurfte, in Folge jeder Capitalstrafe, durch welche entweder das Leben oder die Freiheit oder die Civität verloren ging[13]). Indessen wurde die allgemeine Vermögens-

---

10) Vgl. darüber Henke, Handbuch des Criminalrechtes, Th. 1, S. 484.

11) L. 11. §. 2. D. de publican. (39. 4.) Indessen kommt diese Confiscation auch in anderen Fällen vor, z. B. L. 32. §. 28. D. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.), wornach die Verlobungsgeschenke, die sich Personen gemacht, welche einander nicht heurathen dürfen, dem Fiscus verfallen sein sollen.

12) L. 1. pr. D. ad leg. Iul. de vi priv. (48. 7.) §. 4. J. de publ. iudic. (4. 18.)

13) L. 1. pr. D. de bon. damn. (48. 20.): Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur, aut civitas, aut servilis conditio irrogatur. Dar-

confiscation durch eine Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinianus insoweit beschränkt, als für den Fall, daß der Verurtheilte Kinder oder Enkel hinterließe, nur die Hälfte seines Vermögens der Confiscation unterworfen werden sollte[14]). Nur in Ansehung des wegen Majestätsverbrechens Verurtheilten war eine Ausnahme getroffen, weil sich dessen Strafe auch auf seine Nachkommen erstrecken sollte. Von Justinian wurde darauf die Confiscation zu Gunsten der Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade gänzlich aufgehoben und auch in Hinsicht der Ehefrau verordnet, daß sie nicht allein wegen der dos und der donatio ante nuptias sicher gestellt sein[15]), sondern auch in dem ihr sonst zustehenden gesetzlichen Erbrechte nicht verkümmert werden sollte. Für die in Folge eines begangenen Majestätsverbrechens eintretende Confiscation ließ es aber Justinian bei dem früheren Rechte bewenden[16]). In der peinlichen Gerichtsordnung wird es unter den Mißbräuchen, die abgeschafft werden sollen, mit aufgeführt, daß auch in solchen Fällen, in welchen weder ein Majestätsverbrechen, noch ein anderes Verbrechen vorliege, durch welches der Verbrecher Leib und Gut verwirkt habe, mit der Todesstrafe die Confiscation verbunden und dadurch Weib und Kind an den Bettelstab gebracht werde[17]). Was eigentlich damit gemeint sei, ist bei der unbestimmten Wortfassung nicht außer allem Zweifel. Während Einige meinen, daß in dem Art. 218. nur der Inhalt der Nov. 134., cap. 13. habe wiederholt werden sollen, ist die Mehrzahl der neueren Criminalisten der Ansicht, daß die stillschweigenden Confiscationen damit haben aufgehoben werden sollen, so daß für die Zukunft Einziehung des Vermögens nur in den Fällen Statt haben solle, in welchen entweder das römische Recht oder Gesetze des teutschen Reiches dieselbe ausdrücklich angeordnet haben[18]). Diese Ansicht scheint auch die richtige zu sein, da auch aus dem Art. 135. hervorgeht, daß nicht mit jeder Todesstrafe ohne Weiteres Einziehung des Vermögens verbunden sein solle. Daß aber auch für den Fall der ausdrücklich angeordneten Confiscationen durch den Art. 218. der Inhalt der Nov. 134. cap. 13. bestätigt worden sei, so daß dieselben,

---

nach ist es keineswegs inconsequent, wie unter Anderen Henke, a. a. O. S. 485, behauptet, daß Justinian, nachdem er in Nov. 22. cap. 8. die servitus poenae aufgehoben, auch da, wo dieselbe früher eingetreten, die stillschweigende Vermögensconfiscation nicht aufgehoben habe. Denn an die Stelle der servitus poenae trat auf jeden Fall die civitatis amissio, mit welcher ebenfalls Confiscation verbunden war. Vgl. Matthaeus, de criminibus, lib. XLVIII. tit. 18. cap. 1. Nr. 4.

14) C. 10. C. de bon. proscript. (9. 49.)

15) Was schon in L. 9. C. de bon. praescript. ausgesprochen war.

16) Nov. 134. cap. 13. In der aus dieser Novelle hergenommenen Authentica „Bona damnatorum“ C. de bon. proscript. (9. 49.) werden auch noch die Collateralen bis zum dritten Grade unter denen aufgeführt, zu deren Gunsten die Confiscation aufgehoben sei, obgleich in der Novelle selbst Nichts davon steht.

17) P. G.-O. Art. 218 a. E.

18) Vgl. die verschiedenen Ansichten bei Wächter, Lehrbuch, §. 103, Note 41 b.

wenn der Verurtheilte Weib und Kind hinterlasse, gar nicht Statt haben sollen, scheint nicht angenommen werden zu dürfen[19]). Denn alsdann hätte der Fall, daß Weib und Kind durch die Confiscation an den Bettelstab gebracht werden, gar nicht eintreten dürfen, während das doch, nach der ausdrücklichen Disposition des Artikels, nur bei denjenigen Verbrechen verhindert werden soll, durch welche der Verbrecher Leib und Gut nicht verwirkt habe. Die teutschen Reichsgesetze haben übrigens die allgemeine Confiscation für verschiedene Verbrechen ausdrücklich als Strafe vorgeschrieben, namentlich für Hochverrath, Landfriedensbruch und Aufnahme geächteter Personen[20]), für Ausführung rohen Silbers und Einführung schlechter Münzen[21]), sowie für Münzvergehungen im Allgemeinen[22]), für Vor- und Aufkauf[23]) und eigenmächtige Verlassung der Soldatendienste[24]). Durch die Praxis ist aber der Gebrauch der allgemeinen Gütereinziehung sehr beschränkt worden[25]), sowie auch an die Stelle der im römischen Rechte vorgeschriebenen theilweisen Confiscation andere Strafen getreten sind. Neuere Particulargesetzgebungen haben mitunter die allgemeine Güterconfiscation gänzlich aufgehoben[26]), während dieselbe in anderen Ländern noch als Strafe für manche Verbrechen beibehalten worden ist[27]). Auch ist die allgemeine Güterconfiscation als eine der unzweckmäßigsten Strafen anzusehen, da eines Theils sowohl die Anwendung derselben überhaupt, als auch ihre größere oder geringere Härte von dem zufälligen Umstande abhängig ist, ob der Verurtheilte überhaupt und ob er größeres oder geringeres Vermögen besitzt, und da anderen Theils noch immer die unschuldige Familie des Schuldigen von der Strafe mit betroffen wird[28]). Wo aber die Confiscation als Strafe noch anzuwenden ist, unterliegt dieselbe folgenden rechtlichen Grundsätzen. Zuvörderst bringt es die allgemeine rechtliche Natur der Strafe mit sich, daß jene nur gegen denjenigen verhängt werden kann, der sich in der That eines Verbrechens schuldig gemacht hatte. Daraus folgt, daß die Confiscation nur den Eigenthümer treffen kann, und zwar nur in dem Falle, da er das Verbrechen, auf welches dieselbe als Strafe stand, wirklich

---

19) Wie Marezoll, über die bürgerliche Ehre, S. 333, behauptet.
20) Landfrieden Tit. VIII, §. 4.
21) Münzedict von 1559, §. 53.
22) R.-A. von 1551, §. 46.
23) R.-P.-O. von 1577, Tit. XVIII, §. 2.
24) Reuterbestallung von 1570, Art. 61.
25) Tittmann, Handbuch (1. Aufl.), Bd. I, §. 77. Am häufigsten wird die allgemeine Confiscation noch gegen diejenigen angewendet, welche sich dem Kriegsdienste widerrechtlich entziehen.
26) In Oesterreich, Bayern, Hannover, Sachsen und Württemberg. Vgl. darüber die Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten, Berlin 1838, I. Th. S. 59 flg.
27) Z. B. im preußischen Landrechte, Th. II, Tit. 20, §. 95, für Hochverrath, und §. 103 für Landesverrätherei erster Classe.
28) Nur darf man die Wegnahme des durch das Verbrechen gewonnenen Vermögens nicht mit der Confiscation selbst verwechseln. Vgl. Henke a. a. O. S. 487.

begangen oder wenigstens an demselben Theil genommen hatte, daß dagegen die Sachen nicht confiscirt werden können, wenn das Verbrechen von Anderen als dem Eigenthümer und ohne sein Vorwissen verübt worden war [29]). Denn theils würde für diese Anderen die Wegnahme der Sachen gar keine Strafe sein, theils würde der Eigenthümer dabei eine Strafe erleiden, während er doch gar kein Verbrechen begangen hätte. Daher kann namentlich, wenn Schiffer oder Frachtfuhrleute, denen blos der Transport der Waaren anvertraut worden, mit denselben ohne Theilnehmung oder Genehmigung des Eigenthümers die Zollgesetze umgehen, das Eigenthum derselben nicht verloren werden [30]). Aus ähnlichem Grunde können durch die Confiscation alle auf dem eingezogenen Vermögen haftenden und giltig eingegangenen Verbindlichkeiten nicht beeinträchtigt werden, welche vielmehr bei totaler Confiscation, so weit das Vermögen reicht, bei partialer nach Verhältniß von dem confiscirenden Staate übernommen werden müssen [31]). Auch versteht sich von selbst, daß nur das, was dem Verbrecher als wirkliches Eigenthum gehört, der Confiscation unterworfen werden kann. Daher ist das Vermögen der Frau und der Kinder, selbst mit Einschluß des peculium profectitium, von der Confiscation regelmäßig ausgenommen [32]). Nur die an diesen Sachen dem Verbrecher zustehenden Nutzungsrechte können mit zu der Confiscation gezogen werden, wenn anders der Verbrecher nach der Verurtheilung überhaupt noch Rechte zu erwerben im Stande ist [33]). Im Uebrigen erstreckt sich die Confiscation auf das gesammte innerhalb des strafenden Staates gelegene Vermögen, mag es aus beweglichen oder unbeweglichen, körperlichen oder unkörperlichen Sachen bestehen. Daher sind auch bloße Rechte, z. B. außenstehende Forderungen, in der Confiscation mit einbegriffen, wobei nur in Ansehung der sogenannten höchstpersönlichen Rechte, z. B. des ususfructus, eine Ausnahme gemacht werden muß [34]). Selbst das nach der ausgesprochenen Confiscation von dem Verurtheilten Erworbene wird noch in dieselbe gezogen, wenn anders dem Verbrecher nach der Verurtheilung überhaupt noch die Fähigkeit verbleibt, Rechte zu erwerben [35]). Nur auf das außer-

---

29) L. 11. §. 2. D. de publicanis. (39. 4.): Dominus navis, si illicite aliquid in nave, vel ipse, vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro vel gubernatore aut proreta nautave factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navis autem domino restituitur.

30) Vgl. preußisches Landrecht, Th. II, Tit. 20, §. 295.

31) C. 2. C. ad leg. Iul. de vi. (9. 12.) L. 3. §. 5. L. 17. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 9. D. de SC. Silan. (29. 5.) L. 1. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 8. §. 1. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) S. auch Glück, von der Intestaterbfolge, S. 464 flg.

32) C. 9. C. de bon. proscipt. (9. 49.) Nov. 134. cap. 13. L. 3. §. 4. D. de minor. (4. 4.) Vgl. auch Martin, §. 94.

33) L. 48. §. 1. D. de iure fisci. (49. 14.) Tittmann, Handbuch (1. Aufl.), §. 77, S. 175.

34) Tittmann a. a. O. S. 176.

35) C. 2. C. de bon. proscript. (9. 49.)

halb des strafenden Staates gelegene Vermögen des Verurtheilten kann die Confiscation nicht erstreckt werden, da der andere Staat, in dessen Gebiete die Güter gelegen sind, kein Recht hat, dieselben auf den Grund einer auswärtigen Verurtheilung für den auswärtigen Staat, noch weniger für sich selbst in Beschlag zu nehmen [36]). Das kann aber nicht von Forderungsrechten gelten, die dem Verurtheilten gegen auswärtige Schuldner zustehen, da dabei überhaupt nicht von im Auslande gelegenen Sachen die Rede ist. In Ansehung der Frage, von welchem Augenblicke an die Confiscation wirksam zu werden beginne, muß als Regel entscheiden, daß nicht mit dem Momente der Begehung des Verbrechens, sondern erst mit dem der Verurtheilung die confiscirten Sachen dem Staate verfallen seien [37]). Daraus folgt zuvörderst, daß alle vor der Verurtheilung geschehenen Veräußerungen von dem Fiscus nicht weiter angefochten werden können [38]), wobei nur hinsichtlich derjenigen Veräußerungen eine Ausnahme gemacht wird, welche in der Absicht, den Fiscus zu verkürzen, vorgenommen worden waren [39]). Dagegen erhält der Fiscus durch die Verurtheilung ein dingliches Recht auf die Sachen, welche der Verbrecher zur Zeit der Verurtheilung in seinem Vermögen hatte, so daß dieselben nicht allein seinen Erben, sondern auch dritten Besitzern abvindicirt werden können [40]). Es folgt ferner daraus, daß von Confiscation gar keine Rede sein kann, wenn der Verbrecher vor oder während der Untersuchung starb und also gar nicht verurtheilt werden konnte [41]). Nur bei der in Folge des crimen maiestatis eintretenden Confiscation ist davon eine Ausnahme gemacht, indem hier das gesammte Vermögen des Verbrechers vom Augenblicke des begangenen Verbrechens an verfallen sein, und keine von dieser Zeit an gemachte Veräußerung Giltigkeit haben soll [42]). In der L. 20. D. de accusationibus ist zwar gesagt, daß dieselbe Ausnahme auch bei dem crimen repetundarum eintrete. Allein unverkennbar ist damit

---

36) S. v. Martens, Einleitung in das positive europäische Völkerrecht, §. 103. Schmid, Lehrbuch des Staatsrechtes, §. 90, Note **.

37) L. 8. §. 1. L. 9. L. 13. §. 2. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.) L. 46. §. 6. D. de iure fisci. (49. 14.) L. 41. L. 42. D. de solutt. (46. 3.) L. 6. §. 6—8. D. de iniust. rupt. (28. 3.) L. 32. §. 7. D. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.)

38) Was auch anerkannt ist im preußischen Landrechte, Th. II, Tit. 20, §. 299.

39) Arg. L. 7. D. de mort. causa donat. (39. 6.) L. 45. pr. D. de iure fisci. (49. 14.) Bei gemachten Schenkungen wird aber die betrügliche Absicht vermuthet, L. 15. D. de donat. (39. 5.), jedoch mit Ausnahme der unter Ehegatten gemachten Schenkungen, L. 11. §. 1. D. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.), c. 24. C. eod. (5. 16.), c. 9. pr. C. de bon. proscript. (9. 49.)

40) L. 14. D. de publican. (39. 4.)

41) L. 20. D. de accusatt. (48. 2.): Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademtionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et majestatis iudicio etc.

42) L. 20. D. cit. c. 5. §. 4. C. ad leg. Iul. maiest. (9. 8.)

nichts Anderes gemeint, als daß die Wegnahme des durch das Verbrechen Gewonnenen auch nach dem Tode des noch nicht verurtheilten Verbrechers zum Nachtheile der Erben desselben vorgenommen werden könne[43]). Diese Wegnahme aber, welche dem Staate auch in Hinsicht des durch andere Verbrechen Gewonnenen zusteht[44]), darf mit der Confiscation selbst nicht verwechselt werden[45]). Luden.

---

43) L. 15. D. ad leg. Iul. pecul. (48. 13.): Publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur; nec immerito, cum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur.

44) L. 9. D. de iure fisci. (49. 14.)

45) Henke, Handbuch a. a. O. S. 488.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weiske, Julius, 1801-1877

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft

Bd.: 2

Leipzig 1840

Jur.is. 213 e-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740969-0